

**“APERTURA DEL SECRETO BANCARIO PARA  
EFECTOS TRIBUTARIOS, ¿SE REQUIERE  
REFORMA INFRA O SUPRALEGAL?”**

**LIC. EMBER SEGURA MOLINA. MAF.**

Abogado y Notario Público.

Supervisor de División de Estrategia y Negocios de Grupo Camacho y de VIPTax, S.A.

La apertura o no del Secreto Bancario para efectos tributarios es un tema realmente controversial y de actualidad, a raíz del señalamiento que realizara la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), en el sentido de considerar a Costa Rica como un Paraíso Fiscal, este polémico tema permea no solamente el ámbito jurídico, sino que también el político, el económico, el financiero y por supuesto el tributario.

En cuanto a disposiciones de carácter normativo tributario, la génesis conceptual del Secreto Bancario se encuentra positivizado en una palestra de normas de naturaleza tanto jurídico tributaria así como de naturaleza jurídico comercial. Las normas que sustentan el concepto referido supra son el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, el artículo 106 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y el artículo 615 del Código de Comercio, los cuales en lo que interesa respectivamente establecen:

“Artículo 24.

**Se garantiza el derecho a la intimidad,** a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

**Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.**

(...)

(...)

**La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.**

**Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán**

**revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.**

**No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.” (EL RESALTADO Y EL SUBRAYADO NO SON DEL ORIGINAL).**

“Artículo 106.- Deberes específicos de terceros.

Los deberes estipulados en este artículo se cumplirán sin perjuicio de la obligación general establecida en el artículo anterior, de la siguiente manera:

(...)

(...)

(...)

(...)

**e) Los bancos, las instituciones de crédito y las financieras, públicas o privadas, deberán proporcionar información relativa a las operaciones financieras y económicas de sus clientes o usuarios. En este caso, el Director General de la Tributación Directa, mediante resolución fundada, solicitará a la autoridad judicial competente que ordene entregar esa información, siempre que se cumpla con lo establecido en los párrafos siguientes de este artículo.**

**Únicamente podrá solicitarse información sobre contribuyentes o sujetos pasivos previamente escogidos, mediante los criterios objetivos de selección para auditoría, debidamente publicados por la Administración Tributaria e incluidos en el Plan Anual de Auditoría vigente a la fecha de la solicitud.**

Asimismo, deberá demostrarse, en la solicitud, la existencia de evidencias sólidas de la **configuración potencial de un acto ilícito tributario.**

Además, en la solicitud **podrá incluirse información sobre terceros contribuyentes cuando, a raíz de la investigación de uno de los contribuyentes que cumpla con los requisitos anteriores, se determine que estos terceros podrían estar vinculados con actos ilícitos tributarios.” (EL RESALTADO Y EL SUBRAYADO NO SON DEL ORIGINAL).**

“Artículo 615.

**Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente.** Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Auditoría General de Bancos. **Queda prohibida la revisión de cuentas corrientes por las autoridades fiscales.** (EL RESALTADO Y EL SUBRAYADO NO SON DEL ORIGINAL).

Es importante tener presente la corriente jurisprudencial que la Sala Constitucional ha profesado en torno al tema, para muestra de ello nuestros señores diputados, representantes de la voluntad popular, en el año 1995 consultaron acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la apertura del Secreto Bancario en los siguientes términos consagrados en el voto 3929-1995:

**4.- ASPECTOS CUESTIONADOS DEL PROYECTO:** a) Los Diputados que suscriben la consulta exponen que como desarrollo de la normativa constitucional -Artículo 24-, lo dispuesto en los artículos 104, 105 y 106 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios establecen la facultad de la Administración tributaria para requerir, tanto del contribuyente, como de terceros, y sin que medie autorización judicial, la información de "*trascendencia tributaria*" que estime necesaria para la verificación y fiscalización de las obligaciones tributarias. Consideran aquéllos, que el concepto de "*información de trascendencia tributaria*", utilizado en los artículos citados, resulta más amplio que el de "*libros de contabilidad y sus anexos*" que utiliza el numeral 24 de la Constitución Política, de modo que pueda estimarse que las facultades que se otorgan a la Administración exceden el marco previsto en el citado artículo 24. b) Siempre con relación al mencionado artículo Constitucional, exponen los consultantes que lo dispuesto en el inciso e) del artículo 106 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, establece la obligación de los bancos y otras entidades financieras y de crédito, de entregar a la Administración tributaria, información sobre las operaciones financieras de sus clientes o usuarios, siempre y cuando el "levantamiento del secreto bancario" haya sido autorizado por una autoridad judicial, previo cumplimiento, por parte de la autoridad administrativa, de los requisitos allí señalados; facultad que estiman puede vulnerar el artículo 24 Constitucional, en cuanto permite el levantamiento del secreto bancario sin que medie un proceso judicial."

“De la exégesis de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política se desprende, con claridad que en él no se establece ni tampoco se regula el denominado "secreto bancario", razón por la que tanto su instauración como su regulación en el ordenamiento jurídico es medularmente legal y no constitucional. Así el procedimiento establecido por el inciso cuestionado, sin entrar en mayores consideraciones acerca de los reparos formulados por los Diputados, no puede quebrantar lo establecido en el artículo 24 de la Carta Magna, como tampoco excede el límite de la actuación administrativa -sin control judicial "a priori"- en esta materia, comentado en el Considerando anterior, pues la propia norma impone a la Administración tributaria la

exigencia de una autorización judicial para el levantamiento del denominado "secreto bancario". (EL RESALTADO Y EL SUBRAYADO NO SON DEL ORIGINAL).

El voto antes transcrito, creó un precedente de naturaleza constitucional que se mantiene incluso en la actualidad, al establecer que la regulación del Secreto Bancario es una norma de naturaleza meramente legal, por ello las modificaciones que se deseen realizar en torno al tema, no requieren los requisitos "ab solemnitatem" (son aquellos que el ordenamiento jurídico ha considerado que tienen una especial trascendencia o importancia y por ello se exige una determinada forma para que tengan validez y eficacia jurídica), propios de una reforma constitucional, sino que devienen del proceso de modificación de Ley, claro está, esto en caso de que se desee contar con una norma con rango de Ley permisiva que faculte tal incorporación al ordenamiento jurídico de forma positiva y que busque que una Administración foránea desee que se le remita información bancaria de un sujeto que se encuentre generando ingresos gravables en Costa Rica.

Sin embargo, en caso de que lo deseado sea realizar la apertura del Secreto Bancario a nivel nacional o local, existe la posibilidad de contar con una norma de efecto reflejo indirecto, que facilite la labor de la Administración Tributaria al momento de fiscalizar, lo anterior por cuanto, **NO** existe norma escrita que **PROHIBA** a la Administración Tributaria solicitarle a los sujetos pasivos mediante resolución, la información de sus cuentas bancarias. Todo lo anterior de conformidad con el artículo 122 y siguientes del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Cabe destacar, que si bien hay tutela de Ley del Secreto Bancario, la misma no es absoluta, ya que el mismo contribuyente en este caso puede según el artículo 615 del Código de Comercio autorizar el acceso a dicha información, el cuestionamiento que subyace es, si dicho acceso brindado por el contribuyente en buena fe a favor de la Administración Tributaria en fase de fiscalización, sería una prueba para el inicio de un procedimiento penal, ante el escenario antes descrito, todo apunta a que, en virtud del principio constitucional que tutela el artículo 36 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, del Derecho de no Autoinculpación o de no Autoincriminarse, podría considerar esta prueba como válida en materia de Derecho Tributario Determinativo, no así de merito por espuria en la obtención en Derecho Penal Tributario.

En esta bipolaridad de tesis existentes con respecto a la apertura o no del Secreto Bancario, la mayoría de las discusiones en torno al tema, han girado en torno a la legalidad y constitucionalidad o no de la Apertura del Secreto Bancario, sin embargo, puede ser que la discusión fundamental no esté en la legalidad o no de tal apertura, sino más bien en que se le haya dado un enfoque erróneo o cerrado al tema y se haya visto solamente desde una perspectiva muy lata, es decir, Se ha preguntado alguien si lo que requiere el país no es una liberación o apertura a ultranza del Secreto Bancario vía modificación normativa, sino más contar la Administración Tributaria de manera positiva con la facultad jurídica, expresa y ad hoc para poder suministrarle a otros gobiernos la información bancario-tributaria que éstos le soliciten?, con lo cual se deben realizar valoraciones aún más amplias que no incluyen solamente el Derecho local sino internacional, dado que se ven inmiscuidos conceptos tales como soberanía territorial y ámbito de aplicación de normas internacionales, Convenios de Intercambio de Información Tributaria, protección de normas en procura de la no afectación de los

derechos fundamentales de los administrados, interés legítimo y directo de una jurisdicción internacional para poder acceder a la información bancario-tributaria de los sujetos requeridos.

Todo lo anterior por cuanto no es cierto que la Administración Tributaria no cuente con la posibilidad de entrar a conocer en la actualidad la información de índole bancaria de los sujetos pasivos fiscalizados, siempre y cuando se justifique muy bien el porqué de la necesidad de entrar a conocer de esa información del ámbito privado de esos agentes económicos, para que un juez penal (tercero independiente y objetivo) determine la bondad o no de permitirle a la Autoridad Tributaria conocer de aspectos de la esfera de la intimidad del sujeto pasivo.

Visto la anterior, se podría decir que en nuestro país contamos con transparencia fiscal interna y externa, no obstante para darle un mejor sabor a la transparencia externa, es necesario contar con una norma expresa que faculte o habilite a nuestras autoridades tributarias a entregar o compartir información de naturaleza bancaria con autoridades tributarias foráneas.

En el año 2005, el criterio de la Sala Constitucional en cuanto a la apertura del secreto bancario se orienta a la imposibilidad de la Administración Tributaria para tener acceso de manera irrestricta a tal información, para muestra de ello los votos 3335-2005 y 5720-2005, los cuales respectivamente establecen:

*"2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. **En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis,** y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios."**(EL RESALTADO Y EL SUBRAYADO NO SON DEL ORIGINAL).***

Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran **el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus**

**clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios". (EL RESALTADO Y EL SUBRAYADO NO SON DEL ORIGINAL).**

Como puede apreciarse en las anteriores líneas, el tema de la apertura del Secreto Bancario y la tendencia filosófico-jurídica en torno a ello, ha venido generando sus cambios paulatinamente, inicialmente reconociendo que existía un Derecho Supremo a la Intimidad de los sujetos pasivos, tutelable por el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Costa Rica y que bajo esa premisa era imposible que la Autoridad Tributaria realizara la apertura de tales cuentas, no obstante, posteriormente se establece que el Secreto Bancario por sus particularidades "sui generis" tiene un carácter infra-constitucional.

Los detractores de la ideología de realizar una apertura del Secreto Bancario, consideran que realizar tal apertura para fines tributarios, implicaría otorgarle a la Administración Tributaria una "llave" para entrar a conocer de las operaciones bancarias de los sujetos pasivos y todas las operaciones relacionadas, con la posibilidad de ser afectados por eventuales abusos y violaciones de derechos constitucionales y procesales inherentes a los procesos administrativos y jurisdiccionales.

Finalmente, en caso de que la Administración Tributaria tuviese internacionalmente convenios de Intercambio de Información Tributaria además del ya vigente, **CONVENIO DE INTERCAMBIO DE INFORMACION TRIBUTARIA ENTRE EL GOBIERNO DE COSTA RICA Y EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA**, el cual es la Ley Número 7194 de 29 de agosto de 1990 y desearan los países signatarios del acuerdo solicitarle información a la Autoridad Tributaria costarricense, debería contarse con tres presupuestos fácticos, a saber:

- Que el sujeto pasivo se encuentre enfrentando un proceso de fiscalización, incluso se hace la referencia expresa de que el accionar del sujeto pasivo en cuestión, debe encuadrar en los Criterios Objetivos de Selección para Fiscalización de Contribuyentes e incluidos en el Plan Anual de Fiscalización.
- Que la Administración local tenga un interés sobre el caso debatido.
- Un elemento de tipo agravio comparativo en cabeza del sujeto pasivo es que el artículo 106 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios establece que una de las causales o "portillos" para poder levantar el Secreto Bancario es que existan evidencias sólidas de la **configuración potencial de un acto ilícito tributario**, sin embargo, el título III del Código de Normas y Procedimientos Tributarios se denomina: "Hechos Ilícitos Tributarios", por lo cual, sería perfectamente posible argumentar por parte de la Administración Tributaria que solicita la apertura del Secreto Bancario en virtud de los supuestos fácticos regulados en los artículos 78 al 87 (infracciones administrativas) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios dado que se encuentran reguladas en el título III antes dicho.

Al final de la línea, si bien la Apertura del Secreto Bancario es un tema muy controversial y a la vez sensible para los sujetos pasivos, lo cierto es que la bondad en cuanto a la apertura del mismo dependerá de que efectivamente se le respeten a los administrados su derecho de Defensa, de Justicia Pronta y Cumplida y del Debido Proceso producto de la apertura de sus cuentas, etc, en este sentido, aplicaría el refrán: "El que Nada Debe, Nada Teme", por ello, si bien es cierto la apertura de las cuentas bancarias va a crear una sensación de riesgo subjetivo en los contribuyentes, también es cierto que el país estaría dando pasos agigantados en procura de la erradicación de tantos flagelos que resultan de aquellos agentes económicos que obtienen beneficios ilegítimos de las falencias inherentes al hecho de no contar con la apertura del Secreto Bancario actualmente. La apertura del Secreto Bancario debe indefectiblemente ir acompañada de normas anti-elusivas y anti-evasivas que permitan erradicar conductas nocivas e ilegítimas tanto en el ámbito económico, como en el político y principalmente en el tributario.

En materia de "secretos", el bursátil que no está en la palestra directa o que no se encuentra de manera expresa, podría llegar a ser incluido, dependiendo de la forma compositiva que sea aprobada por la Asamblea Legislativa en el cambio de la norma. Finalmente, debe llevarnos a "Poner las barbas en remojo", la nueva política del presidente OBAMA, en el tanto puede limitar la traída de capitales a Costa Rica, de considerarse ésta nuevamente un Paraíso Fiscal.