

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO EN CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY
20.406

SEBASTIÁN MIGUEL CERECEDA SOLÍS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: HUGO OSORIO MORALES.

VALDIVIA - CHILE

2012

Valdivia, 8 de enero de 2013

Señor
Director
Instituto de Derecho Público
Presente

Estimado Director:

Por medio de la presente informo memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile de don **Sebastián Miguel Cereceda Solís**, titulada "Levantamiento del secreto bancario en Chile: Análisis Crítico de la Ley 20.406".

El trabajo realiza un estudio crítico del procedimiento de levantamiento del secreto bancario establecido por la ley 20.406, abordando elementos procesales y sustantivos. Cabe recordar que esta ley fue dictada en el marco del cumplimiento de las exigencias impuestas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, para que Chile pudiera acceder a dicho organismo en el año 2010. La hipótesis del estudiante es que si bien la ley cumplió formalmente con la exigencia planteada por la OCDE, registra vacíos procesales importantes y, además, estableció requisitos formales y de fondo que limitan sustancialmente su relevancia práctica. Se proponen diversas modificaciones que permitirían enfrentar las deficiencias anotadas.

Desde el punto de vista formal, el lenguaje utilizado es correcto, aunque se detectan errores esporádicos. Las citas son consistentes. La bibliografía es adecuada, destacando la utilización de fuentes internacionales en lengua inglesa, especialmente pertinentes para la discusión comparada de la materia.

En relación al fondo del trabajo, el análisis crítico destaca las deficiencias técnicas del procedimiento, la imposibilidad de proceder al examen sin notificación previa del afectado y los altos estándares previstos para que los Tribunales autoricen el examen de las cuentas corrientes. Es indudable que la ley 20.406, dictada con escaso estudio y bajo el apremio y las circunstancias del momento, en este caso de carácter internacional, presenta graves deficiencias formales en materias tales como plazos, recepción de causa a prueba, régimen probatorio, entre otras. Por otra parte, destaca la peculiaridad de que la ley contemple en todos los casos y sin excepciones, la notificación previa del contribuyente, exigencia que lógicamente podría limitar la efectividad de esta herramienta, tal como por lo demás la propia

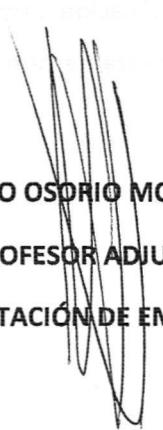
OCDE ha destacado en un informe reciente. Finalmente, respecto al requisito de que se acredite que la información solicitada es “indispensable” para una fiscalización, el estudiante propone un interesante ejercicio hipotético, del que se desprende que tal exigencia hará probablemente difícil -sino imposible- que la actual normativa tenga alguna aplicación efectiva en el futuro.

Del análisis comparado se desprende la especial protección del secreto bancario de nuestro sistema en el contexto internacional. Considerando como factores de análisis la consagración formal de secreto bancario (22 de los 34 países la contemplan), el requisito de un procedimiento judicial previo para proceder al examen de las cuentas corrientes (5 de los 34 países lo requieren en todos los casos) y la necesidad de notificar en forma previa en todos los casos al afectado (sólo Chile, dado que Suiza permite en ciertos casos notificar junto con la obtención de la información), se puede concluir que Chile cuenta con la más estricta protección en la materia de entre los 34 miembros de la OCDE al año 2010.

Resulta por cierto llamativo que mientras para la fiscalización interna se exige probar que la información es “indispensable”, no existe requisito semejante en el caso de requerimientos internacionales de colaboración. Probablemente el estándar señalado, en el contexto de la colaboración internacional, resultaría rápidamente considerado inaceptable por el resto de los países, en donde prima el más moderado estándar de “previsiblemente relevante”. Sin embargo, sean cuales sean las razones, cabe preguntarse si resulta razonable que, para la fiscalización interna, se deban acreditar altos estándares y que para la colaboración internacional ello no sea necesario.

En síntesis, don **Sebastián Cereceda** ha realizado un satisfactorio e interesante trabajo, en una materia novedosa y relevante, dentro del género memoria que es conducente al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile

De conformidad a lo anterior, informo la presente memoria “Autorizada para empaste” con nota 6,0 (seis coma cero).



HUGO OSORIO MORALES
PROFESOR ADJUNTO
TRIBUTACIÓN DE EMPRESAS

Dedicatoria.

A la memoria de mi querido amigo, Piero Nicolás Hernández Carmona (1990-2012).
Que tus ejemplos de esfuerzo y de vivir con alegría no sean olvidados. Descansa en paz, te lo mereces.

Agradecimientos.

A mis padres Karina y José Miguel, y hermana Karina. Por apoyarme todos estos años y especialmente en este particularmente complicado último semestre.

A mi Profesor Director de Tesis, don Hugo Osorio Morales, por su ayuda y buena disposición durante la elaboración de este trabajo.

Resumen.

La ley 20.406 establece un procedimiento de carácter judicial a través del cual poder levantar el secreto bancario. Pero dicho procedimiento parece tener una limitada aplicabilidad, ello centrado principalmente en el hecho de que el Servicio de Impuesto Internos, debe justificar que la información que se solicita es indispensable, lo que sugiere una exigencia alta para poder autorizar la entrega de la información. Este trabajo busca analizar la aplicabilidad práctica de la ley, para conocer hasta qué punto es real el levantamiento del secreto bancario en nuestro país.

Abstract.

The law 20.406 sets a judicial procedure which allows lifting the bank secrecy. But this procedure seems to have a limited applicability, centered mainly in the fact that the Servicio de Impuestos Internos, have to justify that the requested information is essential, which suggests a high requirement to authorize the delivery of the information. This study wants to analyze the practice applicability of the lifting of the bank secrecy in our country.

Índice.

Introducción.....	- 3 -
Capítulo I: Secreto bancario concepto y fundamentos.	- 5 -
1.1 Concepto de secreto bancario.	- 5 -
1.2 Fundamentación del secreto bancario.	- 6 -
Capítulo II: Situación previa e historia de la ley 20.406.	- 9 -
2.1 Situación previa a la dictación de la ley 20.406.....	- 9 -
2.1.1 Artículo 85 del Código Tributario.....	- 9 -
2.1.2 Artículo 101 de la Ley de Renta.....	- 10 -
2.1.3 Artículo 62 del Código Tributario.....	- 11 -
2.1.4 Conclusión.	- 11 -
2.2 Historia de la ley 20.406.....	- 12 -
2.2.1 Cámara de Diputados.	- 12 -
2.2.2 Senado.	- 14 -
2.2.3 Principales cambios.	- 15 -
Capítulo III: Análisis ley 20.406.	- 16 -
3.1 Procedimiento de acceso a la información bancaria.	- 16 -
3.1.1 Etapa administrativa.	- 16 -
3.1.2 Etapa judicial.....	- 18 -
3.2 Análisis procesal.	- 19 -
3.3 Obligación de notificar.....	- 21 -
3.4 Análisis de la expresión “indispensable”.	- 23 -
3.4.1 Análisis en abstracto.....	- 23 -
3.4.2 Análisis práctico.	- 25 -
3.5 Conclusiones.....	- 29 -
Capítulo IV: Análisis comparado.	- 31 -
4.1 México.....	- 31 -
4.2 Canadá.....	- 33 -
4.2 España.....	- 35 -
4.4 Uruguay.....	- 37 -
4.5 Panorama general de los países miembro de la OCDE.....	- 38 -
4.6 Conclusiones.....	- 40 -
Conclusiones.....	- 42 -
Bibliografía.	- 45 -

Introducción.

A comienzos del año 2010, la entonces presidenta de Chile, Michelle Bachelet, firmó el decreto que oficializaba el ingreso del país a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, en adelante OCDE. Para que ello ocurriera, previamente se discutieron en el Parlamento una serie de leyes, con las cuales Chile podría cumplir con los requisitos para ser miembro. Dentro de éstas se encuentra la ley 20.406, que establece un procedimiento a través del cual el Servicio de Impuestos Internos, en adelante el Servicio, puede levantar el secreto bancario para así acceder a información financiera del contribuyente, en situaciones previamente establecidas. Dicho procedimiento es del tipo judicial, al necesitar el Servicio de una autorización por resolución de un tribunal para acceder a la información, en el caso que el contribuyente se niegue a entregarla voluntariamente.

Pero respecto de esta ley se generan una serie de dudas sobre su efectividad práctica, las que se basan principalmente en que el Servicio debe acreditar ante el Tribunal Tributario y Aduanero, que la información que se solicita es indispensable para los fines detrás del requerimiento de información, lo que pareciera ser un estándar de exigencia demasiado alto. Además de lo anterior, un segundo elemento a tener en consideración se refiere al hecho, de que el contribuyente debe ser notificado, de que el Servicio ha realizado la solicitud, sin contemplar excepciones a dicha notificación, lo que puede ser relevante en aquellos casos en que exista un alto riesgo de que se pueda perder información o retrasar su acceso cuando se necesita con cierta urgencia.

A partir de lo anterior se trabajará con la hipótesis de que la ley 20.406 establece un procedimiento que desde un punto de vista práctico, hace casi imposible para el Servicio acceder a la información bancaria.

Con el fin de determinar si lo anterior es efectivo o si por el contrario es falso, se realizará un trabajo de investigación con el cual poder conocer los alcances prácticos de la ley en análisis.

Para ello, se comenzará con establecer qué es lo que se entiende cuando se habla de secreto bancario, esto no sólo para conocer de qué se trata sino que también para saber sus alcances. A lo que se unirá el resumir las principales posiciones con las cuales se fundamenta su consagración y en contraposición, los fundamentos a favor de levantar el secreto bancario y que, en mayor o menor medida inspiraron la ley 20.406.

Posterior a ello, se hará un resumen de la situación normativa existente en Chile previo a la dictación de la ley en cuestión, lo que permitirá entender las diversas deficiencias que hicieron necesaria su dictación, para así comprender los vacíos que busca salvar y por tanto, entregar luces sobre los fines que se tenían en

consideración al dictar la ley. Luego, se resumirá la discusión de la ley llevada a cabo en el Parlamento, revisando los diversos cambios que el proyecto fue sufriendo, todo ello centrado en aquellos aspectos que tienen relación con la aplicabilidad práctica de la ley, lo que otorgará herramientas con las cuales poder posteriormente analizarla, en especial en lo referente al estándar de exigencia para autorizar la entrega de la información.

A partir de todo lo anterior, se procederá propiamente al análisis de la ley. Para ello, se comenzará con un breve resumen del procedimiento que establece, haciendo hincapié en algunos aspectos de carácter procesal que generan ciertas dudas y que cabe detenerse en ellos, en la medida que tienen directa incidencia en la aplicación práctica de la ley. Se analizará igualmente el deber de notificar al contribuyente el cual será revisado con cierta profundidad, teniendo en especial consideración los estándares planteados por la OCDE. Posteriormente, se procederá al análisis de la exigencia de que la información sea indispensable, para que esta pueda ser entregada, para ello se harán dos tipos de análisis, uno más bien interpretativo, recurriendo a distintos criterios de interpretación, como los son el literal, de la historia de la ley e igualmente se recurrirá a lo que la OCDE ha dicho al respecto; y por otra parte, uno de carácter práctico, en el cual se recurrirá a un planteamiento hipotético con el que se buscará proyectar cómo podría ser la aplicación de la ley en la práctica, todo ello a partir del análisis previamente hecho.

Finalmente, como última herramienta de análisis se recurrirá a una revisión de la legislación de diversos países, lo que no sólo permitirá conocer cómo el tema se regula en otras partes, sino que también como un medio a través del cual analizar más profundamente la efectividad que tendría la ley, teniendo en consideración cómo es la normativa de otros países. Para estos fines se recurrirá a tres países miembros de la OCDE, como lo son México, España y Canadá; y también un cuarto país, Uruguay, el cual es un país sudamericano, pero que no pertenece a dicha organización. Además de éste análisis particular de las cuatro legislaciones ya señaladas, se realizará un resumen general de la regulación de los 34 países miembro de la OCDE, lo que entregará luces más claras de cuál es la posición que tiene Chile en la materia, en comparación de los demás miembros, todo ello teniendo presente que este es uno de los temas que Chile debió abordar para poder ingresar a esta organización.

Capítulo I: Secreto bancario concepto y fundamentos.

1.1 Concepto de secreto bancario.

Se comenzará revisando conceptos doctrinales, particularmente los de los profesores Alejandro Vergara Blanco y del profesor Juan Pinto Lavín. El primero de ellos lo define como “aquella institución en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva y ocultación de todos los antecedentes de sus clientes, y que hayan conocido como consecuencia de sus relaciones con éstos. Esta obligación cesa ante el mismo cliente o por causas legales”¹. Por su parte, el profesor Pinto, en una similar definición, lo caracteriza como “la obligación que tienen los bancos de mantener en reserva las informaciones que han obtenido sobre sus clientes en las relaciones propias de su actividad y que no pueden revelar a terceros sin autorización”². En general la doctrina entrega definiciones análogas³.

Se entiende, en consecuencia, que el secreto bancario consiste en la obligación que tienen los bancos de mantener reserva de la información de sus clientes a la que acceden por los vínculos propios de su actividad, la cual puede terminar sólo por autorización del cliente o por causas legales. Este concepto recoge la idea de que la información financiera de los clientes debe mantenerse en reserva, cualquiera sea el fundamento que se puede sostener para justificar esta obligación, a su vez, se contempla la idea de que esta reserva no es absoluta, si no que acepta excepciones en las cuales el Banco puede revelar la información en cuestión. Dichas circunstancias son la autorización del propio cliente, lo que se entiende en la medida que se trata de información que le pertenece, y por otra parte, está la misma ley que permite bajo ciertas circunstancias levantar este secreto.

La legislación actual en Chile contempla expresamente el secreto bancario. El artículo pertinente en esta materia es el 154 del Decreto con Fuerza de Ley número 252, en adelante Ley General de Bancos. Dicho artículo señala que los depósitos y captaciones que reciban los bancos, se encuentran sujetos a secreto, pudiendo informar sólo al mismo cliente, a quien este autorice o a quien lo represente. Por otra parte, el mismo artículo establece una protección menos estricta, conocida como reserva bancaria, donde se contemplan todas las demás operaciones que no se encuentren englobadas dentro del secreto bancario. Esta información sujeta a reserva puede ser revelada a quien demuestre un interés legítimo y cuando no sea previsible un daño patrimonial para el cliente⁴.

¹ Vergara, A., *El secreto bancario, sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1990), Primera edición, p. 20.

² Pinto Lavín, J., *Secreto bancario, régimen legal*, Ediciones Patmos, Santiago, Primera edición (1980), p. 7.

³ Cfr. Azaustre, M., *El secreto bancario*, JM Bosh Editor, Barcelona (2001), Primera edición pp. 12-15.

⁴ Cfr. Morand, L., *Legislación bancaria*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1990), Tercera edición, p. 75.

Finalmente un elemento a considerar es lo que señala el inciso cuarto del mismo artículo 154 que establece la posibilidad que la justicia pueda acceder a la información de operaciones en causas que se encuentre actualmente conociendo.

El secreto bancario igualmente se encuentra consagrado en un ámbito más específico, en el Decreto con Fuerza de Ley número 707, en adelante Ley de Cuentas Corrientes Bancarias, que en su artículo primero establece en términos similares reserva sobre los movimientos de dichas cuentas y sus saldos, permitiendo el acceso a la información sólo a el cliente o a un tercero facultado expresamente. Igualmente contempla la posibilidad de que los Tribunales de Justicia puedan acceder a determinadas partidas o en los demás casos que leyes especiales así lo señalen. Lo antes apuntado no es más que una especificación respecto de las cuentas corrientes algo, que ya se encontraba contemplado en la Ley General de Bancos.

De los conceptos y legislación antes vista se pueden sacar diversas conclusiones relevantes para este trabajo. Primero, existe una distinción entre secreto y reserva bancaria. Aunque tal distinción puede ser relevante en ciertos ámbitos, en este trabajo no tiene mayor relevancia, ya que la ley en estudio no distingue entre ambos y los trata de forma idéntica, por tanto, en adelante, cuando hablemos de secreto bancario entiéndase igualmente incluida la reserva bancaria. Segundo, la legislación viene a confirmar un elemento que se encontraba presente en las definiciones doctrinales, esto es, la amplitud de la información que se encuentra protegida por el secreto, no estableciendo ningún límite respecto a qué información se encontraría contemplada dentro de esta. Finalmente, esta obligación tendría diversas excepciones que el mismo cliente o un tercero que este asigne autorice la entrega de la información, que se haga una solicitud por parte de los Tribunales de Justicia cuando se lleve una causa civil o penal en contra del cliente; y, finalmente, de acuerdo a lo que dispongan leyes especiales.

1.2 Fundamentación del secreto bancario.

Una segunda cuestión relevante dentro del análisis preliminar es el referente a los fundamentos detrás de la consagración del secreto bancario. Interesa discutir, además, los argumentos contrarios a la mantención de este secreto.

Quienes apoyan la consagración del secreto bancario tienen como idea central la de entender que la información bancaria de los clientes pertenece a la esfera de la intimidad de las personas y que por tanto, esta se encontraría protegida como parte de los derechos de la personalidad. Así, estando consagrado en nuestra Constitución el derecho a la privacidad en el artículo 19 número 5, el secreto bancario se encontraría por extensión incorporado en este derecho, al ser la

información económica parte de la privacidad⁵. Como un argumento secundario, se agrega que el secreto bancario antes de ser consagrado ya formaba parte de la tradición bancaria desde sus orígenes y que, en definitiva, constituyen una parte central de la actividad bancaria, constituyéndose en una de las bases para su adecuado funcionamiento. En efecto, sólo cuando el cliente tiene certeza de que su información se encuentra protegida por una obligación de secreto, se podrá asegurar una confianza por parte del público y mantener una afluencia normal de depósitos⁶. Sin duda, es el primer argumento el que suele utilizarse en forma principal para explicar el secreto bancario⁷ ya que este conlleva que relevar la información del cliente sea más que un mero incumplimiento de una obligación. Su violación es, bajo este análisis, una conducta más grave, en la medida que implica que el banco lo que estaría haciendo es violar un derecho fundamental, lo que viene a justificar que se haga una celosa defensa de la reserva.

Ahora corresponde ver el principal argumento a favor de levantar el secreto bancario. Fundamentalmente se dice que su eliminación permite evitar conductas ilícitas que se ven propiciadas o facilitadas, entre otras cosas, por el secreto bancario. En efecto, una de las conductas indeseadas que se registran facilitadas por el secreto bancario es la fuga de capitales hacia paraísos fiscales, con fines de evasión de impuestos, esto incluso siendo promovido por los mismos bancos quienes administran el capital que se dirige al paraíso fiscal en sedes de los bancos en dichos países. Precisamente la existencia del secreto bancario propicia la evasión en la medida que evita que se pueda realizar un adecuado control de los distintos movimientos de capital hacia estos paraísos fiscales que otorgan mejores condiciones tributarias a los inversionistas⁸.

Otra conducta ilícita que se ve alentada por el secreto bancario es el lavado de dinero, ya que lo propicia al entregar el medio por el cual ocultar los diversos movimientos en las cuentas bancarias⁹. Es así como “se argumenta con frecuencia que el lavado de dinero y el secreto bancario están inextricablemente relacionados y que una lucha eficiente en contra de los crímenes financieros solo puede lograrse si se debilitan o derogan las leyes que protegen la confidencialidad bancaria”¹⁰. Bajo las mismas consideraciones, se ha desarrollado un interés en el secreto bancario en el marco de la lucha en contra del terrorismo esto particularmente en Estados Unidos, pero no sólo respecto del terrorismo, sino que en general, respecto del crimen organizado¹¹, donde se ven incluidos delitos como

⁵ Cfr. Vergara, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁶ Cfr. *Idem*, p. 45.

⁷ Cfr. Fundación Jaime Gúzman, “Levantamiento del secreto bancario, privacidad y debido proceso”, en *Ideas y Propuestas*, núm. 38, (17 de Septiembre de 2009), pp. 2-3.

⁸ Cfr. Villanueva, J. y Arias, L., “El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual”, en *Diálogos*, Vol. 11, núm. 1, (Septiembre 2010, Febrero 2011), p. 78.

⁹ Cfr. Silva, H., “El delito de lavado de dinero proveniente del trágico ilegal de drogas como un delito internacional”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Católica de Valparaíso*, núm. 18, (1997), p. 556.

¹⁰ Villanueva y Arias, *op. cit.*, p. 81.

¹¹ Cfr. *Ibidem*, p.82.

el narcotráfico, tráfico de armas y la trata de blancas. Es por todo este tipo de actividades antes descritas que distintas organizaciones internacionales como la misma OCDE, se muestran contrarias al secreto bancario llegando a calificarlo de práctica fiscal desleal¹², haciendo primar el combate de estas conductas por sobre cualquier consideración que se puede tener respecto del derecho de privacidad, privilegiando un argumento basado en el interés público, en contraposición a los argumentos basados en la defensa de intereses privados en el los que descansa la defensa del secreto bancario.

En definitiva, más allá de las distintas posiciones existentes a favor o en contra del secreto bancario, lo importante para este trabajo es, primero, dejar establecida la existencia de dicha dicotomía, dejando claras aunque sea de forma somera, ambas posiciones. No es un objetivo de este trabajo zanjar esta discusión, pero sí es relevante, dejar especialmente claros los fundamentos en contra del secreto bancario, ya que se analizará precisamente una ley cuyo objetivo es que, bajo ciertas circunstancias, se levante dicho secreto y que por lo tanto, se debe tener en consideración que estos argumentos fueron los que el legislador tuvo en mente al momento de dictar la ley 20.406, con la idea de que la ley precisamente sea una herramienta que permita combatir la elusión y evasión tributaria, que facilite el intercambio de información entre las distintas administraciones tributarias; y, que también permita combatir delitos tales como la trata de blancas o el narcotráfico, como lo indica el Mensaje del Ejecutivo al momento de presentarse el proyecto. Por tanto, se debe tener presente a lo largo de todo el análisis que se hará, que la ley fue dictada con tal propósito y por ello, dicho propósito deberá ser uno de los estándares con los cuales se deberá evaluar si la ley en cuestión cumple o no con dichas metas.

¹² Cfr. Brevik, F. y Gärtner, M., "Macroeconomic effects on bank secrecy when tax evasion is endogenous", en http://www1.vwa.unisg.ch/RePEc/usg/dp2006/DP10_ga.pdf, p.3, revisado 02/09/12.

Capítulo II: Situación previa e historia de la ley 20.406.

2.1 Situación previa a la dictación de la ley 20.406.

Se analizará a continuación la situación normativa relacionada con el acceso del Servicio de Impuestos Internos a información bancaria previa a la dictación de la ley 20.406.

2.1.1 Artículo 85 del Código Tributario.

El artículo 85, en sus incisos segundo y tercero, regula la obligación de bancos e instituciones financieras, de entregar determinada información al Servicio de Impuestos Internos. La obligación recae a la información de operaciones de crédito de dinero que hayan celebrado y de las cauciones se que se hayan constituido para garantizar dichos créditos, todo ello en la oportunidad, forma y cantidad que el Servicio debe establecer. Sin embargo, la norma contempla una serie de excepciones en las que el Servicio no puede solicitar esta información. Una de estas excepciones es que la operación se da entre el banco y un cliente usuario de tarjeta de crédito, que no es contribuyente del impuesto de primera categoría y que dicha tarjeta se utiliza con fines únicamente particulares de una persona natural. La segunda excepción consiste en que tampoco se puede solicitar la información si el crédito es celebrado con un contribuyente del artículo 20 N° 2 del Decreto Ley 824, en adelante Ley Renta, que son los de capitales mobiliarios. La última excepción es que los créditos sean de un plazo superior a los tres años. Igualmente se incluye la prohibición de informar sobre las adquisiciones que se hicieron en el uso de la tarjeta de crédito¹³. Finalmente, el inciso tercero establece la prohibición de las autoridades encargadas de la liquidación o de la recaudación; y de resolver las reclamaciones y recursos respecto de éstas, de divulgar la información.

Como se puede observar, la norma en comento contempla una excepción limitada al secreto bancario. Esto se evidencia en un comienzo con la obligación misma, en la medida que la información que se puede obtener a partir de esta obligación se restringe solamente a las operaciones de crédito que celebre el banco con un cliente, lo anterior deja un espectro amplio de operaciones que son realizadas por los bancos que no resultan cubiertas por la obligación de informar. Así, por ejemplo, las operaciones relacionadas con cuentas corrientes, las cuales son centrales dentro de los delitos tributarios y otras actividades ilícitas consideradas dentro de los fundamentos a favor del levantamiento del secreto bancario, no quedarían cubiertas por la norma en comento. Esta limitante, se ve acrecentada por las excepciones a esta obligación de entregar información, las que ya se

¹³ Cfr. Pérez, A., *Manual de Código Tributario*, Legal Publishing Chile, Santiago (2011), Octava Edición, pp. 177-178.

reseñaron, quedando una aplicabilidad aún más limitada. En definitiva, de todo lo antes indicando no queda más que concluir que esta norma es limitada en su aplicabilidad como medio para levantar el secreto bancario, al no permitir acceder a las cuentas corrientes.

2.1.2 Artículo 101 de la Ley de Renta.

Un segundo artículo a revisar es el 101 de la Ley Renta. Este artículo en su primer inciso establece la obligación, a las personas obligadas a retener impuestos, de entregar un informe al Servicio en el que se exprese los nombres y direcciones de las personas a las cuales realizó dentro del año anterior el pago, que generó la retención, además se debe indicar el monto del pago y la cantidad retenida. Este informe debe ser entregado todos los 15 de marzo de cada año. Esta misma obligación se establece en el inciso cuarto del mismo artículo para los bancos e instituciones financieras, en este caso, debiendo informar en la misma fecha señalada, de los intereses o rentas que hayan pagado o abonado a sus clientes debido a operaciones de captación, que hayan realizado dentro del año inmediatamente anterior¹⁴.

Este artículo posee esencialmente similares características a las del artículo 85 del Código Tributario, esto es, constituye una herramienta de fiscalización de limitada efectividad. En efecto, a pesar de que la información que se obtiene es de las operaciones de captación realizadas por los bancos, las que incluyen las actividades que se realicen en cuentas corrientes de los clientes; existe la limitante de que la información que se debe entregar es sólo sobre los pagos que los bancos hagan a sus clientes. Esto es una restricción importante en la medida que lo que en este ámbito interesa no son los pagos que los bancos hagan a sus clientes, si no que los movimientos que el mismo cliente realice dentro de su cuenta corriente.

Por otra parte, unido a lo anterior existe igualmente una segunda restricción en la medida de que la información que se entrega sólo es el nombre y dirección del cliente y el monto de los pagos que el banco realizó a éste, siendo una información limitada y que no permite dar mayores luces sobre la existencia de delitos tributarios o de alguna clase de defecto en una declaración de impuesto. De todo lo antes señalado no queda más que concluir que este artículo 101 es al igual que el artículo 85, uno deficiente como medio para levantar el secreto bancario, ya que al igual que el caso anterior, no permite acceder a las cuentas corrientes.

¹⁴ Cfr. *Ibíd*em, pp. 235-236.

2.1.3 Artículo 62 del Código Tributario.

Ahora se revisará la redacción previa del artículo 62, que es precisamente el artículo que se modificó con la ley 20.406, la cual agregó además un artículo 62 bis.

Se establecía la posibilidad de poder acceder a la revisión de las cuentas corrientes en dos situaciones diversas. La primera era que los Tribunales de Justicia pidieran el acceso a esta información, pero restringido únicamente cuando se trate de casos en los que el tribunal que la solicita está conociendo de un proceso que diga relación con un delito y a su vez dicho delito, esté relacionado con el cumplimiento de una obligación tributaria. La segunda hipótesis que se contemplaba era la posibilidad de que el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, en adelante el Director, solicitara el examen de cuentas corrientes, a través de una resolución fundada. Cabe precisar que esta segunda posibilidad sólo se abría para el Servicio en el caso en que se estuviese investigando una infracción a la ley tributaria, y, que dicha infracción a su vez, estuviera sancionada con una pena corporal¹⁵.

Como se puede ver, el antiguo artículo 62 permitía acceder directamente a la información más relevante para efectos de fiscalización, esto es, al movimiento de las cuentas corrientes bancarias. Esta posibilidad contrasta claramente con las posibilidades que, como se ha visto, entregan los artículos anteriores. Sin embargo, esta herramienta sólo se podía ejercer en el ámbito penal. Esto por definición implica que no se podía utilizar como herramienta de fiscalización de impuestos.

2.1.4 Conclusión.

De lo antes revisado referente a la situación normativa chilena previa a la ley 20.406, queda en evidencia lo limitado de estos artículos como un medio a través del cual poder levantar secreto bancario. Estos artículos resultan ser básicamente un grupo disperso de normas que sólo marginalmente permiten un acceso a cierta información de los clientes de los bancos y esto sólo en ocasiones específicas, pero en ningún caso esto vendría a significar que se pueda hablar propiamente de que existen, a partir de estos artículos, herramientas adecuadas para poder levantar el secreto bancario, teniendo en consideración las razones que existen para justificar este levantamiento.

¹⁵Cfr. Zavala, J., *Manual de Derecho Tributario*, Thomson Reuters Puntotex, Santiago (2010), Primera Edición, p. 124.

2.2 Historia de la ley 20.406.

Se realizará ahora un breve resumen de la historia de la ley, repasando los principales cambios que sufrió el proyecto y que resultaron en la actual redacción de la ley, centrándonos en aquellos cambios que aumentaron las garantías para los contribuyentes, limitando la efectividad de esta herramienta de fiscalización.

2.2.1 Cámara de Diputados.

La tramitación de la ley se inició en la Cámara de Diputados, particularmente en su Comisión de Hacienda, en la cual varios de los miembros mostraron sus aprehensiones sobre el proyecto, como por ejemplo el Diputado Julio Dittborn, principalmente centrados en que se debía evitar que el acceder a la información se haga un práctica masiva, por lo cual sería necesario exigir antecedentes que fundamenten la solicitud de información.

A partir de las observaciones hechas por los diputados, el Ejecutivo presentó modificaciones al proyecto de ley, dicha propuesta, entre otros cambios, incluía que el Servicio debía hacer la solicitud a través de la Dirección Nacional, lo que tendría como objetivo evitar masificar las solicitudes, al tener que proceder estas del Director.

En definitiva, la Comisión de Hacienda rechaza el proyecto tanto el original como las modificaciones que el Ejecutivo había hecho, aunque sí aceptan la idea de legislar respecto del mismo, de ahí el proyecto pasó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en adelante Comisión de Constitución. Se debe destacar que en dicha Comisión se discutió a partir del proyecto original, sin considerar los cambios que se habían presentado.

En esta Comisión, se presentan diversas observaciones al proyecto, entre las principales, el Diputado Edmundo Eluchans, planteó que se le estaba entregado demasiado poder al Director y que por tanto, correspondía regular un mayor control para evitar eventuales abusos, por otra parte, crítica el hecho de que el silencio por parte del titular de la cuenta sea considerado como una aceptación, situación que a su juicio debía ser considerado como un rechazo. Por su parte el Diputado Cristián Monckeberg apunta a que se contemple un listado de causales, para así poder entregar al contribuyente bases a partir de las cuales poder oponerse a la solicitud del Servicio.

A partir de éstas y otras observaciones, el Ejecutivo presentó modificaciones al proyecto inicial, estas modificaciones entre otras cosas, comprendían la exigencia de que en la solicitud que el Servicio realiza al Banco por la información, deba exigirse que esta sea necesaria para los fines para los cuales se efectúa, ya sea, para verificar la veracidad e integridad de la declaración de impuestos o la falta de

esta, lo que tiene como finalidad hacer más exigente la norma, con tal de que el Servicio deba fundamentar la solicitud de forma más acabada.

Igualmente se contempla que el silencio del cuentacorrentista sea considerado negación a la solicitud, lo que es un cambio favorable al contribuyente, que le permite aún sin contestar, obligar al Servicio a iniciar un procedimiento judicial, lo que dilata la solicitud. Esta opción fue apoyada bajo el argumento de que ante cualquier impedimento que tuviese el contribuyente para contestar, por ejemplo ausencia, este se encontraría protegido.

Por otra parte, se incorpora el artículo 62 bis que regula ya con mayor detalle el procedimiento a seguir para obtener la autorización de acceso a la información. Respecto de este artículo cabe destacar que no contempla la opción de un término probatorio, a su vez de no contemplar una exigencia respecto a que la información deba ser indispensable para los fines que se solicita.

A partir de estas modificaciones continuó la discusión en la Comisión de Constitución. Entre los cambios que se realizaron, se encuentran el incluir una regulación más acabada, de la autorización anticipada que entrega el titular, estableciendo la exigencia de que dicha autorización debe hacerse de forma expresa y exclusiva para dicho fin, lo que conlleva una mayor exigencia formal que hace más improbable que un contribuyente, dé anticipadamente su autorización.

Respecto del artículo 62 bis, los diputados Claudio Alvarado, Gonzalo Arenas, Alberto Cardemil, Julio Dittborn, Edmundo Eluchans y Cristian Monckeberg, plantean una modificación a través de la cual se exija que en el requerimiento que se presenta ante el Tribunal, se deben acompañar antecedentes fundados que justifiquen que la información es indispensable para los fines que se solicita, finalmente, se excluyó la expresión fundados, ya que se entendió que su inclusión hacía imposible que se concediera por parte del Juez el requerimiento, no existiendo discusión sobre los alcances que en este sentido puede tener la palabra indispensable, la que sí fue aprobada. Esta modificación continúa el constante aumento de las exigencias para el Servicio al momento de hacer uso de esta herramienta de fiscalización, con el fin de proteger al contribuyente y que conllevan una disminución de su aplicabilidad práctica.

Luego se procedió a la discusión en Sala, en la cual el Diputado Eluchans señala que el proyecto original era deficiente y se muestra contrario a su primera versión, pero que después del trabajo realizado en las distintas Comisiones, el proyecto era mucho mejor que el originalmente presentado, ya que sin perderse los objetivos originales, se le entregaba a su vez, una debida protección al pequeño y mediano empresario. Por su parte el Diputado Marcelo Díaz, igualmente rescata la valía del proyecto, señalando que este otorga todas las garantías necesarias para el contribuyente en la medida que permite a este, sí así lo desea, aceptar la

entrega de la información (incluso anticipadamente) o a su vez, puede negarse, contando con las garantías necesarias para poder defenderse de la solicitud del Servicio. Una posición distinta es la que presenta el Diputado Ignacio Urrutia quien se muestra contrario al proyecto ya que ve en este una herramienta que sólo perjudicará al pequeño y mediano empresario, quien no cuenta con los medios para defenderse contra la actividad del Estado, a diferencia del gran empresario, que cuenta con los recursos suficientes puede defenderse adecuadamente, lo que redundaría en que éste último continúe eludiendo impuestos.

2.2.2 Senado.

En definitiva, el proyecto es aprobado con las modificaciones que se le hicieron en la Comisión de Constitución, pasando por tanto, su discusión al Senado. En dicho lugar, se lleva la discusión en la Comisión de Hacienda, en la cual la Senadora Evelyn Matthei, postula que en el artículo 62 se cambie la palabra necesario por indispensable como estándar para poder solicitar la información por parte del Servicio, que consiste en la consagración del estándar de definitivo de la ley, con el cual, en la búsqueda de proteger al contribuyente de la actividad del Servicio, se aumenta aún más el nivel de exigencia, el cual será analizando más profundamente en el capítulo siguiente.

Posteriormente el proyecto pasa a la Comisión de Hacienda donde no sufre cambios y el proyecto pasa a ser discutido en la Sala del Senado. En la Sala, el Senador Coloma mostró su rechazo al proyecto al señalar que no se debe aprobar una ley por el simple de hecho de poder ingresar a una organización internacional, en este caso la OCDE, y que por tanto, corresponde un adecuado análisis del proyecto en el que él señala ver un grave riesgo para la intimidad de las personas cuando éstas no han cometido delito alguno, equiparándolo a la legitimación del Gran Hermano. Por su parte, el Senador Navarro, defiende el proyecto abogando por la transparencia del país, en pos de poder detener acciones delictuales o la elusión y evasión tributaria, así mismo, desestima como argumento en contra de la ley una afectación de la privacidad de las personas, bajo la idea de defensa de la transparencia. Finalmente, la Senadora Matthei, defiende la necesidad de la normativa en discusión, sin importar si esta permite o no la entrada de Chile a la OCDE, esto ya que considera necesario asegurar que todas las personas cumplan con sus obligaciones tributarias y que no exista un sector que se beneficie del Estado y que a su vez no participe de su financiamiento, destacando el hecho de que el proyecto fue modificado de tal manera de asegurar un adecuado resguardo de los derechos de las personas.

En definitiva el proyecto es aprobado en el Senado, pasando por tanto, nuevamente a la Cámara de Diputados, debido a los cambios que el proyecto sufrió en el Senado. En la Cámara de Diputados el proyecto de aprobado sin

mayores discusiones y sin incorporar cambios, pasando el proyecto al Tribunal Constitucional, el cual lo declara constitucional. Siendo, por tanto, promulgada la ley.

2.2.3 Principales cambios.

En definitiva, como se puede apreciar el proyecto sufrió una serie de modificaciones, dentro de las que corresponde hacer hincapié en algunos puntos que dejan de manifiesto, en qué medida el proyecto fue aumento el nivel de garantías al contribuyente, lo que a su vez disminuyen la efectividad de la ley. En primer lugar, el proyecto original no contemplaba la exigencia de que la información debiese ser necesaria o indispensable para los fines que se solicita, sólo se indicaba que debía ser “para la aplicación y fiscalización de las leyes tributarias”. Cómo ya se vio el proyecto cambió partiendo al agregarse la exigencia de que la información sea necesaria, lo que luego fue reemplazado por el concepto, indispensable. En segundo lugar, en el caso que el titular de la cuenta no respondiera la comunicación que debe realiza el Banco, se entendía que el silencio era autorización para que este entregara la información, lo que posteriormente se modificó considerando el silencio como una negativa a la solicitud. Finalmente, se incluye el artículo 62 bis, que no se encontraba en el proyecto original que sólo contaba con una regulación muy general del procedimiento a seguir para obtener la autorización judicial para acceder a la información bancaria.

Capítulo III: Análisis ley 20.406.

Corresponde ahora analizar los alcances prácticos de la ley 20.406.

3.1 Procedimiento de acceso a la información bancaria.

La ley contempla distintas situaciones en las cuales se puede solicitar la información. Así, por ejemplo, los Tribunales de Justicia pueden solicitar la información en casos de delitos que digan relación con obligaciones tributarias o en casos de aplicación de sanciones de acuerdo al artículo 161 del Código Tributario, que regula el procedimiento general de aplicación de sanciones.

Pero las situaciones que aquí interesan son aquellas en las que el Servicio es el que puede solicitar la información. La primera hipótesis en que el Servicio puede requerirla es cuando ésta es indispensable para verificar si la declaración de impuestos del contribuyente es veraz e integra o, para verificar la falta de dicha declaración. Como ya se señaló, esta hipótesis es en la que se centrará el análisis, haciendo especial hincapié en la exigencia de que la información sea indispensable. Las otras dos situaciones que se contemplan son, primero, cuando el Servicio solicita la información en cumplimiento de solicitudes de administraciones tributarias extranjeras, cuando haya sido acordado en un convenio internacional de intercambio de información que se encuentre firmado y ratificado por Chile, y; segundo, las solicitudes que hagan las autoridades competentes de Estados contratantes de convenios vigentes destinados a combatir la doble imposición, debiendo estar firmados y ratificados por Chile.

A continuación se revisará someramente el procedimiento que se establece para llevar a cabo la solicitud de información por parte del Servicio. Cabe señalar que este procedimiento se puede dividir en dos etapas, una primera del tipo administrativo y una segunda judicial.

3.1.1 Etapa administrativa.

El procedimiento se inicia con un requerimiento de información que debe hacer el Servicio, a través del Director. En dicho requerimiento se debe fijar un plazo al Banco para entregar la información, que no puede ser superior a los 45 días.

Además de dicho plazo, el requerimiento debe indicar:

- 1) Individualización del titular de la información bancaria.
- 2) Las operaciones bancarias o productos bancarios, o tipos de operaciones bancarias de las cuales se está solicitando la información.
- 3) Los períodos comprendidos en la solicitud, y
- 4) En virtud de cual hipótesis se sustenta la solicitud de información.

Luego de que al Banco se le notifica el requerimiento, existen dos posibilidades. La primera de ellas es que exista una autorización por parte del cliente la cual debe ser anticipada, expresa y entregada en un documento destinado exclusivamente a dicho fin, en este caso si la solicitud de información se realiza en virtud del artículo 62, el Banco deberá entregar la información sin más trámite, dentro del plazo que fue establecido por el Servicio en el requerimiento. Esta autorización siempre puede ser revocada por el titular, esta revocación tiene como único requisito el que se haga por escrito¹⁶. La segunda de las posibilidades es que no exista esta autorización anticipada, en tal situación se debe notificar al titular de la existencia de la solicitud de información hecha por el Servicio. En dicho caso la notificación que hace el Banco al titular debe realizarse dentro de los cinco días de recibido el requerimiento, además deberá hacerse a través de carta certificada o por correo electrónico si así se hubiese pactado previamente. Si existiese cualquier problema con esta notificación ya sea que esta no se realiza o se realiza de forma deficiente, esto no afecta el plazo que tiene el Banco para responder al requerimiento y a su vez el Banco es responsable de cualquier perjuicio que se derive de la falta de esta comunicación.

Posteriormente el titular tiene un plazo de quince días para contestar al Banco. Dicho plazo comienza a correr a contar del tercer día en que se le realiza la notificación. Las posibilidades que tiene el titular ante esta notificación son tres. La primera de ellas es la de autorizar al Banco a que entregue la información, caso en el cual el Banco deberá cumplir con el requerimiento sin más trámite. La segunda, es rechazar la entrega de la información, caso en el cual el Servicio no se encuentra facultado para exigirla, salvo que se le notifique al Banco una resolución judicial que autorice dicha entrega. Finalmente, la última de las opciones es no responder al Banco, caso en el cual, recibe el mismo tratamiento a si el cliente hubiese respondido rechazando la entrega de información¹⁷.

Cualquiera sea la respuesta del titular, el Banco debe notificar al Servicio informando si existió o no una respuesta, además el Banco deberá informar el domicilio y el correo electrónico que tenga el titular registrado en el Banco y, si corresponde, si el titular ha dejado de ser cliente del Banco. Esta comunicación es sin perjuicio de la entrega de información en el caso que el titular la hubiese autorizado.

¹⁶ Ugalde, R., *Justificación de Inversiones y Secreto Bancario*, Thomson Reuters Punto Lex, Santiago (2010), pp. 278-280.

¹⁷ *Ibíd*em, pp. 280-286.

3.1.2 Etapa judicial.

Ahora cabe explicar brevemente el procedimiento que se debe seguir para obtener la información en los casos en que se requiere una resolución judicial y que se encuentra regulado en el artículo 62 bis del Código Tributario. Lo primero a señalar es que el tribunal competente para conocer de esta solicitud es el Tribunal Tributario y Aduanero que sea competente en el domicilio del domicilio en Chile del titular del cual se solicita información¹⁸.

Los requisitos del requerimiento dependerán si se trata del cumplimiento de un requerimiento de una administración tributaria extranjera, o bien, si tiene como objetivo el de verificar la veracidad e integridad de la declaración de impuestos o la falta de ella. En el primer caso, se debe indicar la entidad requirente y los antecedentes presentados por esta. En el segundo caso, debe presentarse con los antecedentes que lo sustenten y que justifiquen que la información es indispensable, a lo que se deben unir las menciones que debe cumplir el requerimiento inicial que el Servicio hace al Banco, ya visto. Finalmente, cabe destacar que nada se señala respecto de los requisitos formales del requerimiento ante lo cual el profesor Rodrigo Ugalde Prieto entiende que se deben cumplir con los requisitos contemplado en el Código de Procedimiento Civil, el Código Orgánico de Tribunales y la ley 18.210, sobre comparecencia en juicio¹⁹.

En lo referente a la tramitación, esta se inicia con la citación a las partes que debe hacer el Juez Tributario y Aduanero a una audiencia que se debe fijar dentro del decimoquinto día contado desde que es notificada la citación. Se entiende que el Juez hará esta citación sólo en el caso que el requerimiento cumpla con los requisitos previamente vistos. Respecto de la notificación, esta será por cédula al domicilio en Chile del titular, que haya sido informado por el Banco. Por el contrario, si el Banco informó que el titular tiene domicilio en el extranjero, que ya no es el cliente del Banco o, cuando no se haya informado domicilio, la notificación se practicará por avisos.

Respecto a la audiencia, poco se dice sobre cómo esta se debe llevar a cabo, pero sí se ha señalado de que su objetivo central es el que las partes presenten sus antecedentes²⁰, a partir de los cuales el Juez, podrá resolver de forma inmediata después de terminada la audiencia o dentro de quinto día. El Juez tiene la alternativa, si lo considera pertinente, de abrir un término probatorio. Este término probatorio se encuentra escasamente regulado, sólo estableciendo que éste podrá ser fijado por el Juez por un plazo máximo de cinco días, dejando sin regular una serie de otras cuestiones, de los cuales algunos de ellos serán vistos más adelante.

¹⁸ *Ibíd*em, pp. 288-289.

¹⁹ *Ibíd*em, p. 293.

²⁰ *Ibíd*em, p. 301.

Finalmente, se haya abierto o no el término probatorio, el Juez debe dictar sentencia respecto de la solicitud. Sobre esta sentencia procede el recurso de apelación el que se debe interponer en un plazo de cinco días contados desde el día en que se notifica la sentencia y se tramitará en cuenta salvo que se soliciten alegatos. En contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones no procede recurso alguno.

Cabe destacar que durante todas las instancias del procedimiento, el expediente debe llevarse de forma secreta. Además, si el Servicio en definitiva obtiene la información, sólo puede utilizarla para los fines para los cuales esta se solicitó, debiendo tomar las medidas para asegurar la reserva de la información y su uso adecuado. Unido a lo anterior, se establece la obligación de los funcionarios del Servicio que tengan acceso a la información de mantener estricta reserva, estableciéndose una sanción penal por su incumplimiento, a la que se une una responsabilidad administrativa y la destitución.

3.2 Análisis procesal.

El procedimiento antes descrito, deja diversos asuntos abiertos a análisis, entre los que destaca la exigencia de que la información sea indispensable, la que se revisará más adelante. Pero desde un punto de vista más bien procesal existen diversas cuestiones que generan dudas.

La primera de éstas, se refiere a la naturaleza de los distintos plazos fijados en el procedimiento. Para ello primero hay que distinguir si se trata de la etapa administrativa o judicial. Si se trata de la etapa administrativa, se debe aplicar lo señalado por el artículo 10 del Código Tributario, que en su inciso segundo, establece que los plazos de días de los procedimientos administrativos regulados por el Código, son de días hábiles, entendiéndose una peculiar definición de como inhábiles los días sábado, domingo y festivos. En lo que respecta a la fase judicial del procedimiento, deja de ser aplicable el artículo 10, al serlo sólo para los procedimientos administrativos, siendo la posición del Servicio según lo señala en la Circular 46 del año 2010, la de entender que se trata igualmente de un plazo de días hábiles, aunque en la definición del artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, esto es, considerando como inhábiles sólo los feriados. Al respecto, debe observarse que dicho artículo sólo es aplicable respecto de los plazos de dicho Código y por tanto, no se podría aplicar al Código Tributario, lo que lo viene a ratificar el mismo Código en su artículo 131, que establece expresamente que los plazos del Libro Tercero son de días hábiles. Por tanto, se debe aplicar el artículo 50 del Código Civil, que señala que los plazos de días que se establezcan en las leyes serán de días corridos, a menos que se señale lo contrario, por tanto, los

plazos en la etapa judicial del procedimiento de acceso a la información serían de días corridos²¹.

Otra de las interrogantes que se generan, es respecto al modo en que debe ser notificado el Servicio de la resolución que cita a las partes a una audiencia, lo que no se encuentra establecido, sólo se señala como ha de ser notificado el contribuyente. En este caso se debe aplicar lo señalado en el artículo 131 bis del Código Tributario, que establece que las resoluciones de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, serán notificadas en el sitio en Internet del Tribunal, igualmente cabe destacar que este artículo no limita su aplicación al Título II del Libro Tercero del mismo Código, por tanto sería aplicable.²²

Otro aspecto a revisar es sobre el término probatorio que el Juez Tributario puede decretar, al estar escuetamente regulado, dejando una serie de interrogantes. La primera de ellas se refiere a que no se establecen los medios de prueba de los que se pueden valer las partes, el Servicio entiende que se puede recurrir a todo medio de prueba apto para producir fe, sin argumentar dicha opción. Ante la ausencia de cualquier indicio sobre este punto por parte del legislador, parece como más adecuado darle la razón al Servicio y entender que al no establecer límites sobre los medios que se pueden utilizar, se debiese entender que dichos límites no existen. Sin perjuicio de ello, sería conveniente que el legislador se haga cargo de este vacío, siendo una opción la de hacer una remisión a las normas del Título II del Libro Tercero del Código Tributario, que precisamente admiten cualquier medio de prueba apto para producir fe.

Igualmente existe el problema de que no se establece el estándar probatorio que debe seguir el Juez, en este caso no parecen existir argumentos definitivos sobre cuál es el estándar a utilizar, se tiende a optar por el estándar de la sana crítica, que es aquel por el cual ha optado el legislador al regular los demás procedimientos que se llevan ante el Juez Tributario y Aduanero. También en esta materia sería deseable que el legislador solviente esta deficiencia.

En lo que respecta a la carga probatoria, esta se puede considerar establecida en el artículo 62 bis cuando establece que la solicitud debe ser acompañada con los antecedentes de que la información es indispensable, así, si el objetivo del procedimiento es el de obtener información que se encuentra bajo la protección de un deber de reserva, corresponde acreditar que la información es indispensable a aquella parte que busca que una resolución judicial así lo declare, por tanto, es el Servicio quien debe soportar la carga de la prueba, ello sin perjuicio de la prueba en contrario que puede acompañar el contribuyente.

²¹ *Ibíd*em, pp. 295-296.

²² *Ibíd*em, pp. 299-300.

Sobre la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba, no se encuentra establecida la forma con la cual se debe realizar. Correspondería aplicar el artículo 131 bis del Código Tributario, por las mismas razones antes vista para la notificación de la citación a la audiencia, por tanto, al tratarse de una resolución que recibe la causa a prueba, se aplica el inciso tercero de dicho artículo, por lo que la notificación se hará por carta certificada y además por el sitio de Internet del Tribunal.

3.3 Obligación de notificar.

Una cuestión igualmente de carácter procesal, es la que se refiere a la notificación del contribuyente, en este caso, se analizará la pertinencia de cómo se encuentra regulado actualmente. Como ya se ha visto, al momento en que el Servicio presenta la solicitud de información ante el Banco, este último debe necesariamente enviar una comunicación al contribuyente (salvo que exista una autorización previa de entregar la información) informándole de esta solicitud, sin que se contemplen excepciones en las cuales sea posible omitir esta comunicación. Por su parte, aunque se fallase en la primera comunicación, al no existir respuesta del contribuyente, se requeriría de una autorización judicial, en cuyo procedimiento igualmente se contempla la notificación, nuevamente sin excepciones.

Lo llamativo del procedimiento no es que se deba notificar al contribuyente, sino el hecho de que no se contemple excepciones a dichas notificaciones para situaciones en las que exista algún riesgo de no obtener a tiempo la información o de que esta se pueda perder. Precisamente, en un informe de la propia OCDE, luego de una revisión de la normativa nacional, se considera dentro de las deficiencias de ésta la falta de excepciones para las notificaciones. Para sostener lo anterior atienden a la idea de que las garantías a favor de los contribuyentes no pueden ser obstáculos que imposibiliten o retrasen el adecuado acceso a la información²³. Igualmente se apunta en el informe que, en general, en Chile cuando se solicita información de un contribuyente no existe la obligación de notificarle a éste de dicha solicitud, sin perjuicio de que se tiene el derecho de que se le informe de la materias y razones por las que se hace la solicitud, siendo diversa la situación en el caso de la información bancaria, que como ya se ha señalado, el banco debe notificar al contribuyente²⁴. En definitiva, el informe en cuestión, recomienda incorporar excepciones a la regla general de notificación, permitiendo en ciertas situaciones omitir dicho trámite. A modo de ejemplo plantean como excepciones, los casos en los que notificar al contribuyente puede

²³ Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Chile 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing, (2012), Primera Edición, p. 47.

²⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 47-48.

afectar el éxito de la investigación realizada por la autoridad tributaria, o, que puede retrasar el acceso a información que se necesita de forma urgente. Debido a lo anterior, el informe concluye señalando que Chile, en este punto, no cumple con los estándares establecidos por la OCDE²⁵.

De acuerdo a lo que señala el Modelo de Convención Tributaria en Ingreso y Capital, en su artículo 26, particularmente en su párrafo tercero se establecen ciertas limitantes para Estados que solicitan información, en la medida que estas solicitudes no impliquen romper normativa interna del Estado al cual se hace el requerimiento. Dentro de lo anterior, en documentos de la propia OCDE, se aclara que la normativa tendiente a proteger el secreto bancario, no debiese llegar a constituir un obstáculo para el intercambio de información y precisamente, se pone como ejemplo de lo anterior el hecho de que en ciertos países, como es el caso de Chile, se debe notificar al contribuyente cuando ha existiendo una solicitud de información, dejando claro que esta obligación puede ser una adecuada herramienta para asegurar los derechos que se le reconocen a los contribuyentes, además de entregar otras ventajas tales como prevenir errores (por ejemplo, errores en la identificación del contribuyente) y también, permitiría facilitar el acceso a la información en aquellos casos en que el contribuyente voluntariamente facilita la información. Sin perjuicio de dichas ventajas, se apunta a que se deben contemplar excepciones en según las cuales se pueda omitir la notificación para asegurar un adecuado acceso a la información²⁶.

De acuerdo al Modelo de Acuerdo en Intercambio de Información en Materia Tributaria del año 2002, que como su nombre lo indica consiste en un modelo que pueden seguir los Estados para convenios de intercambio de información, éste modelo en particular ha sido seguido para un total de 150 convenios²⁷. En la parte final del primer artículo del modelo se contempla la misma idea ya señalada previamente de que las garantías que se les otorguen a los contribuyentes no deben constituir un impedimento para un adecuado intercambio de información. Para lo anterior, en los comentarios a este artículo, realizados por la misma OCDE, se utiliza como ejemplo el de las notificaciones, a las que se deben incorporar excepciones²⁸.

Finalmente, en el Manual de Intercambio de Información de la OCDE del año 2006, se reitera, en su punto número 15, la misma idea que se ha venido planteando, de que los derechos y garantías de los contribuyentes no deben constituir un obstáculo al intercambio de información, acudiendo nuevamente a la notificación como un ejemplo de esto, pero esta vez plantean una situación distinta en la que se podría omitir la notificación, esta es que se solicite la información

²⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 49.

²⁶ Cfr. OECD, *Implementing the Tax Transparency Standards: A Handbook for Assessors and Jurisdictions*, OECD Publishing, (2011), Segunda Edición, p. 94.

²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 38.

²⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 121-122.

dentro de una investigación de un fraude, igualmente se agrega la opción de que la notificación sí se realice, pero una vez que ya se ha hecho el intercambio de información²⁹.

3.4 Análisis de la expresión “indispensable”.

Comenzando con lo que corresponde al punto central de este trabajo, se verá cual es la implicancia práctica de que la ley exija que la información que el Servicio sea indispensable para los fines que se solicita.

3.4.1 Análisis en abstracto.

Para realizar este análisis se partirá con un trabajo interpretativo, para lo cual se debe recurrir al artículo número dos del Código Tributario el que señala que en lo que no se encuentre regulado por el Código o las demás leyes tributarias, se deben aplicar las normas de derecho común, por tanto, al no existir reglas especiales para la interpretación de las normas tributarias, se debe recurrir a las normas de interpretación contenidas en el Código Civil en sus artículos 19 a 24³⁰.

La primera de las reglas de interpretación que contempla el Código Civil es precisamente el gramatical, el que señala que no se debe abandonar el tenor literal de un precepto normativo si dicho tenor literal es claro, así mismo, establece que las palabras se deben entender en su sentido natural y obvio, salvo que el mismo legislador haya definido el concepto, que no es el caso en cuestión. Volviendo a lo que implica el sentido natural y obvio de las palabras, la jurisprudencia ha sido bastante clara en establecer que este corresponde al establecido por la Real Academia Española³¹, en adelante RAE.

En el caso de la palabra indispensable, la RAE la define como aquello “que no se puede dispensar”, por su parte, indispensablemente, se le define como algo “forzosa y precisamente”³². Por tanto, el que sea indispensable implica que algo es necesario forzosamente. En el caso de la norma en análisis, esto implica que el Juez Tributario sólo podrá conceder el levantamiento del secreto en aquellos casos que esto aparezca como absolutamente necesario e imprescindible, lo que aparece como una alta exigencia. Volviendo a lo ya visto en la historia de la ley en lo referente al concepto en análisis cabe destacar el hecho de que este fue incluido en la discusión parlamentaria, precisamente con la finalidad de aumentar las exigencias al Servicio para que este pueda acceder a la información. Cómo ya se revisó, el concepto indispensable fue incorporado tras la propuesta de un grupo de Diputados, al artículo 62 bis, mientras que en el artículo 62 fue incorporado en el Senado, en reemplazo de la exigencia de que la información fuese necesaria.

²⁹ Cfr. *Ibíd*em, p. 187.

³⁰ Cfr. Pérez, *op. cit.*, p. 204. Edición, p. 85.

³¹ Cfr. Alessandri, A., Somarriva, M. & Vodanovic, A., *Derecho Civil partes preliminar y general, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2010), Séptima Edición, p. 186.

³² Cfr. Ugalde, *op. cit.*, p. 204.

Cabe destacar el hecho de que el concepto de necesidad, es uno desarrollado en el ámbito tributario, en lo referente a la determinación del impuesto de la renta líquida imponible, dentro de dicho proceso uno de los descuentos que corresponde hacer a los ingresos brutos, son los denominados gastos necesarios, los cuales son considerados como aquellos inevitables u obligatorios³³. La Corte Suprema en la resolución de la causa rol 952 del 2000, al referirse a estos gastos necesarios ha recurrido a la RAE, entendiendo como necesarios aquellos gastos que son imprescindibles y que a su vez formen parte del giro normal de la empresa de que se trate. A su vez en la Circular 56 del año 2008, el Servicio, entiende como aquellos necesarios, los gastos que son inevitables y a su vez, agrega el límite de que no sólo hay que fijarse en el gasto mismo, sino que también en el monto, por lo que hay que fijarse hasta qué cantidad el gasto ha sido necesario. Por su parte, los contribuyentes tenderán a argumentar a favor de una mayor flexibilidad para considerar a los gastos como necesarios, en contra de la posición del Servicio que plantea de forma más restrictiva el alcance de la palabra necesario. En el caso de la solicitud de información bancaria, se daría lo inverso ya que el Servicio tendría la tendencia de entender lo menos exigente posible el estándar, mientras que el contribuyente lo entendería de la forma más restrictiva posible.

En definitiva, la incorporación del concepto en cuestión, parecer tener como finalidad la de dificultar el acceso a la información por parte del Servicio, como medio para otorgar garantías a los contribuyentes frente a la actividad del Servicio, lo que se refleja en las mismas declaraciones de los parlamentarios, como en el término utilizado, aunque no se discutió el alcance que los legisladores le dan a dicho concepto al momento de incorporarlo, sólo dejando claro que se le incluye por tratarse de un estándar más alto que el de necesidad.

Por otra parte, de acuerdo al estándar establecido por la OCDE en su Modelo de Convención Tributaria en Ingreso y en Capital, particularmente en su artículo 26, que se refiere al intercambio de información entre Estados, se establece como estándar para poder entregar la información financiera de los contribuyentes que esta aparezca como previsiblemente relevante. En comentarios a este artículo hechos por la propia OCDE, se indica que se optó por dicho estándar ya que este permitiría la mayor amplitud posible para que sea admisible el acceso a la información, mientras a su vez se evita que los Estados hagan solicitudes de información que sea irrelevante respecto de un contribuyente. A lo anterior se agrega que los Estados al firmar algún convenio de intercambio de información podrían igualmente recurrir a otros términos para fijar el estándar, tales como los que la información sea necesaria o relevante³⁴. Cabe destacar que en el Modelo

³³ Cfr. Aste, C., *Impuesto a la Renta*, Lexis Nexis, Santiago (2007), Primera Edición, p. 329.

³⁴ Cfr. OCDE, *Implementing...*, Cit., pp. 87-88.

de Acuerdo en Intercambio de Información en Materia Tributaria del 2002, en su artículo primero, igualmente se recurre al mismo estándar de exigencia³⁵.

Revisando el concepto, la RAE señala que previsible es aquello “que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales”, por su parte prever es “ver con anticipación”, así mismo se define relevante como algo “importante, significativo”. Por tanto el estándar que plantea la OCDE, apunta a que la información que se solicita con anterioridad aparezca como útil para los fines para los que se solicita, pudiendo entonces resultar no siendo útil una vez que se accede a ésta, contrario al establecido en Chile.

De lo antes dicho, se entiende que la opción tomada por el legislador, tiene como resultado un estándar altamente exigente, que viene a restringir las opciones del Servicio para acceder a la información. Esto se evidencia a partir del análisis literal de la palabra indispensable que según ya se vio, va más allá de exigir que la información sea útil, sino que además ha de ser imprescindible para los fines para lo que se solicita, ello lleva a entender que con este nivel de exigencia, lo que se logra es reducir el levantamiento del secreto bancario a un último recurso, es decir, sólo en el caso de que no existe ningún otro medio a través del cual obtener los objetivos detrás de la solicitud, sería posible acceder a la información. Por tanto, lo que dentro de la discusión de la formación de la ley se planteó como medidas para evitar un abuso por parte del Servicio, han llevado a una situación en la que la protección al contribuyente llega a tal nivel que la aplicabilidad de esta herramienta de fiscalización se ve seriamente resentida.

Lo anterior, será complementado con un análisis práctico, con el cual se busca analizar si la aplicación de la ley llevaría a los resultados previamente planteados.

3.4.2 Análisis práctico.

Debido a que la ley aún no ha sido aplicada en la práctica, no se cuenta con jurisprudencia a través de la cual poder analizar el alcance práctico de la palabra indispensable. Por lo anterior, se plantearán distintas situaciones en las que se presente la posibilidad de solicitar la información bancaria y se analizará si dadas las distintas circunstancias, un Tribunal autorizaría o no el acceso a la información. En particular, se recurrirá a una situación base a la cual se le modificarán circunstancias que podrían cambiar el resultado. El ejemplo consiste en el de un contribuyente que compra una casa, situación ante la cual el Servicio le solicita que justifique el origen de los fondos con los cuales financió dicha compra, a lo cual el contribuyente responde que estos provienen de la venta de una casa que realizó hace un año y un mes atrás. Por su parte, el Servicio sospecha que el contribuyente utilizó dicho dinero en una inversión anterior y que por tanto, los

³⁵ Cfr. Ibídem, pp. 119-120.

fondos con los que financió la compra de la casa, se tratarían de dinero que tienen otra fuente, la cual no ha sido declarada. Ante la situación anterior, el Servicio puede utilizar la información bancaria para conocer si el dinero se encontraba en la cuenta corriente del contribuyente, al momento de la compra de la casa y si se ha mantenido en ella desde que vendió la anterior. A partir del escenario previo, se plantean tres opciones diversas, la primera de ellas según la cual el contribuyente declara que el dinero de la venta lo guardó en su propia casa por lo que no se encontraba en una cuenta bancaria, la segunda corresponde a que el contribuyente no declara nada al respecto, por lo que el dinero pudo estar o guardada en su casa o en el banco y finalmente, en la que el contribuyente declara que efectivamente guardó el dinero en el banco.

Antes de proceder con el análisis, corresponde referirse brevemente a la justificación de inversiones. De acuerdo a lo que indica el artículo 70 de la Ley Renta, se establece una presunción según la cual, los contribuyentes disfrutan de una renta a lo menos igual a sus gastos de vida y de aquellos que viven a sus expensas, de esta forma, la presunción operará en aquellos casos en que el contribuyente no logra probar el origen de sus gastos. Lo anterior, se ve complementado por la Circular número 8 del año 2000, la que fija los criterios de fiscalización respecto a la justificación de inversiones, dicha Circular señala que si ha pasado un año entre la fecha de la obtención de los recursos y las inversiones o gastos y el contribuyente no aporta pruebas que demuestren que el contribuyente mantuvo los recursos en su patrimonio, entonces se pueden liquidar los impuestos resultantes³⁶.

En el caso en análisis, el Servicio necesita acceder a la información bancaria del cliente para poder determinar si mantenía el dinero que había obtenido al vender la casa para la fecha que realizó la compra, todo ello considerando que ha pasado más de un año entre ambas situaciones, por lo que, de no acreditarse lo anterior, el Servicio podría liquidar los impuestos resultantes.

Primera hipótesis.

La primera de las situaciones a analizar es aquella en la que el contribuyente señala que él mismo mantuvo guardado el dinero. Este caso parece muy poco probable que se entregue la autorización por parte del Tribunal, ya que, que el mismo contribuyente mantuviera el dinero, conlleva que acceder a la información bancaria carece de mayor relevancia. Esto implica que la eventual solicitud no sería capaz de cumplir con estándar de que la información sea indispensable, ya que si bien es posible que el contribuyente no haya dicho la verdad, el Servicio al hacer la solicitud estaría especulando sobre la posibilidad de que en realidad el dinero sí se encontraba en el banco. Al no contar con antecedentes con los cuales

³⁶ Cfr. Zavala, *op. cit.*, pp. 425-428.

fundar tal afirmación, no aparece como indispensable acceder a la información, siendo que esta probablemente no entregue resultados.

Para lo anterior hay que tener además en consideración que dentro de la discusión de la norma, según ya se vio, uno de los puntos centrales fue el de reducir al mínimo posible la utilización de esta herramienta de fiscalización, para poder proteger al contribuyente de la actividad del Servicio, lo que conlleva una disminución de la efectividad de la misma, lo que se refleja en el caso en cuestión, ya que no parece como suficiente argumento el que el acceder a la información eventualmente pueda llegar a ser útil.

Segunda hipótesis.

La segunda de las situaciones a revisar es aquella en la que el contribuyente omite cualquier comentario respecto a si depositó el dinero en el Banco o si, por el contrario, él mismo guardó el dinero. Este caso es más complejo que el anterior en la medida de que no existe algún indicio, sobre donde el contribuyente mantuvo el dinero, lo que lleva a concluir que a diferencia del caso anterior el acceder a la información bancaria, se presenta como más útil, pero falta por determinar si dicha utilidad es suficiente para cumplir con el estándar que exige la norma.

En el caso en cuestión, el Servicio al hacer la solicitud estaría apuntando a probar la veracidad de una de las de las posibilidades referente a la ubicación del dinero. Cabe tener en consideración que se puede entender que las posibilidades de que el contribuyente haya depositado el dinero en su cuenta corriente son altas en la medida que una conducta regular es la de depositar sumas importantes, como sería la del precio en una compraventa de una casa, en alguna cuenta bancaria, siendo que por su parte, que la persona guarde el dinero, se trata de una conducta más improbable.

Por lo anterior, los argumentos de la primera situación no son exactamente aplicables al caso actual. Pero, ello no obsta a que sigue existiendo una similitud en la medida de que el Servicio, igualmente no tiene suficiente información para poder afirmar que el dinero fue depositado en el banco, por tanto, persiste la idea de que ante un escenario de este tipo, no parece cumplirse la exigencia de que acceder a la información aparezca como indispensable, ya que el Servicio podría no obtener nada útil. Esto igualmente se relaciona con lo ya señalado respecto a que se busca dar garantías a los contribuyentes respecto a la actividad del Servicio.

En definitiva, a pesar de tratarse de una situación diversa a la del primer ejemplo, no queda más que concluir que tampoco se dan las condiciones como para conceder el acceso a la información, al no lograrse cumplir con el estándar exigido de que la información sea indispensable. Esto ya que cuando se trató el concepto de indispensable, se indicó que se trataba de algo que es necesario forzosamente,

lo que no se cumple en el caso que se hace la solicitud con la esperanza de dar con la información necesaria, existiendo a su vez la real posibilidad de que nada se encuentre, en otras palabras, esta herramienta no estaría pensada para probar suerte, sino que más bien para facilitar la prueba al Servicio y comprobar información sobre la que se cuenta con antecedentes desde otras fuentes, pero que no bastan por sí solos para lograr la prueba en cuestión.

Tercera hipótesis.

Finalmente, la tercera de las situaciones a revisar es aquella en la que el mismo contribuyente señala que mantuvo el dinero en su cuenta bancaria. Esta hipótesis es distinta a las dos vistas anteriormente, ya que en este caso el Servicio cuenta con la declaración del propio contribuyente con la cual poder fundamentar la solicitud ante el Tribunal, a diferencia de los casos anteriores se contaba con una declaración del contribuyente que negaba esta posibilidad y en otro, no se contaba con ninguna declaración, lo que reducía las solicitudes a probar si se lograba encontrar información útil.

Debido a que se cuenta con la declaración del contribuyente señalando que mantuvo el dinero en el Banco, se solventa el defecto de los casos anteriores, sobre la falta de sustento para poder acceder a la información, pero ello no implica necesariamente el que se cumpla con el estándar de indispensable, que como ya se ha señalado se trata de un estándar exigente y por tanto corresponde revisar si es que, a pesar de que se conoce que el contribuyente depositó el dinero en el banco, ello basta para cumplir con el estándar.

Para desarrollar este análisis cabe volver a destacar el hecho de que la expresión indispensable, implica que la información debe ser necesaria de forma forzosa. Teniendo lo anterior en consideración, se debe entender que esta herramienta fue planteada con la finalidad de ser usada en casos límites, en los cuales el Servicio no puede lograr el fin que busca cumplir si no es accediendo a la información bancaria. A partir de lo anterior, en este caso en particular, corresponde preguntarse si el Servicio cuenta o no con otros medios a través de los cuales lograr probar que el dinero de la venta del inmueble, ya fue utilizado en otro gasto o inversión anterior. Sólo en la medida de que no exista otro medio a través del cual lograr dicha prueba, sería posible afirmar que se cumple con el estándar y se podría autorizar el acceso a la información.

En este caso, el Servicio cuenta con la opción de probar la existencia del gasto anterior en el que según el Servicio se utilizó el dinero, a partir de por ejemplo, el contrato del negocio por el cual se habría hecho el gasto anterior, igualmente se podría recurrir a algún documento que acredite el pago del precio de dicho negocio o, en general cualquier otra documentación que permita acreditar la existencia de dicho negocio. Sólo en la medida que no se cuente con esas

pruebas se podría dar acceso a la información, ya que así, sólo quedaría como última opción de prueba la de acceder a la información bancaria del contribuyente, que dará a conocer el movimiento del dinero, que por su propia declaración se conoce que se encuentra depositada en una cuenta bancaria. Mientras que si se cuenta con algún medio por el cual probar la existencia del negocio previo, no correspondería acceder a la solicitud, ya que en dicho caso la información deja de ser indispensable, no cumpliéndose con el estándar.

3.5 Conclusiones.

En lo referente a la exigencia de que la información sea indispensable, aún faltando conocer cómo será su aplicación en la práctica, pareciera que se trata de un estándar demasiado exigente y que no se ajusta al estándar plateado en la OCDE. Ya que a partir del análisis meramente literal de esta exigencia se evidenciaba lo anterior, lo que se ve apoyado por el hecho de que en la propia formación de la ley queda constancia que se optó por ese concepto para que sirva como un medio de proteger al contribuyente y así mismo, la propia OCDE ha establecido un estándar inferior, que como ya vimos es el de que la información sea presumiblemente relevante. Todo lo anterior se vio plasmado en el análisis práctico realizado, donde de los tres escenarios planteados, sólo en uno de ellos aparece como probable que se entregue la autorización, debiendo para ello cumplirse ciertas condiciones.

En lo referente a la obligación de notificar al contribuyente, es dable concluir que la ley chilena en esta materia, no cumple con el estándar de la OCDE. Esto queda en evidencia al revisar los distintos documentos en los que quedan plasmados los estándares de la OCDE, ya que si bien no se pone en duda la posibilidad de que un país miembro incorpore la opción de notificar al contribuyente, esta garantía no debiese constituir un impedimento para el adecuado acceso a la información y por tanto corresponde incorporar excepciones al deber de notificación. Es precisamente esto lo que no se cumple actualmente en Chile, en la medida de que no se contemplan excepciones, dando pie a que la notificación puede convertirse en un obstáculo principalmente en situaciones en las que se requiere la información con urgencia o si existe un riesgo real de que se pueda perder información si es que el contribuyente es informado.

A partir de lo anterior, en base de los dos elementos revisados es posible concluir, como ya se había adelantado, que el mecanismo para levantar el secreto en Chile es una herramienta de fiscalización que fue pensada más bien como un último recurso. Esto a pesar de que la OCDE le da gran importancia a poder acceder a la información bancaria, pero pareciera que la ley tiene en especial consideración las garantías y derechos de los contribuyentes por sobre la actividad fiscalizadora del Servicio, reduciendo así las posibilidades de poder recurrir a esta herramienta, ello

a partir del estándar de exigencia, pero además, es posible un eventual entorpecimiento del ejercicio de este medio de fiscalización al no incorporarse excepciones con las cuales poder asegurar y/o agilizar cuando corresponda, el adecuado acceso a la información, todo ello a partir de la obligación de notificar sin admitir excepciones.

Capítulo IV: Análisis comparado.

Como otro medio para estudiar la ley 20.406, se analizará la legislación comparada, para contrastarla con la nacional que ya hemos revisado.

Para ello, se revisará la legislación de tres países de la OCDE y otro sudamericano. Se ha optado por México, que es el único miembro latinoamericano, junto con Chile, por lo que, dentro de esta organización, sería el país con una realidad más cercana a la chilena; Canadá, el cual ha sido elegido por ser un país perteneciente al primer mundo, con influencias del derecho anglosajón lo que permite hacer un análisis con una realidad muy diversa a la chilena; España, optándose por este al tratarse de un país europeo lo que ya marca una diferencia de los dos países anteriores, pero además se trata de un país que a pesar de responde a una realidad diversa a la chilena, tiene fuerte influencia en el derecho chileno; y finalmente, Uruguay, que como es un país sudamericano presenta una situación mucho más cercana a la chilena.

A lo anterior se agregará una visión general de todos los países miembros de la OCDE, sin entrar en mayores detalles pero que permitirán formar una idea amplia de cómo se encuentra Chile en la materia.

La metodología consistirá en comenzar describiendo el sistema imperante en los países seleccionados, para continuar realizando algunos análisis comparados y terminar con las conclusiones pertinentes.

4.1 México.

Al igual que en Chile, la legislación mexicana consagra el secreto bancario. Particularmente en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, el que en su párrafo primero establece el deber de confidencia que tienen ese tipo de instituciones respecto de la información de sus clientes, no pudiendo entregarla sino que únicamente al cliente, su representante legal o aquellos que tengan poder para disponer de la cuenta o para intervenir en el servicio del banco. Por su parte, el párrafo segundo del mismo artículo, establece la opción de que las instituciones de crédito se encuentren obligadas a entregar la información por una resolución judicial dictada en un proceso en que el cliente es acusado o parte del mismo. Igualmente el párrafo tercero, contempla un listado de organismos y autoridades del Estado que pueden acceder a esta información, entre las que se encuentran, de acuerdo a la fracción IV, las autoridades hacendarias federales para fines fiscales. Igualmente, se contempla el deber todos los funcionarios públicos que tenga a acceso a la información de reserva, estableciéndose la responsabilidad de éstos, si dicho deber es incumplido. Cabe destacar que además, la Ley de Mercado de Valores contempla similar regulación, al establecer en su artículo 192 respecto de los corredores de bolsa, el deber de reserva de la

información de las operaciones y prestaciones que éstos realicen, idéntica regulación se establece en el artículo 295 de la misma ley, sobre las instituciones de depósito de valores³⁷.

En lo referente al levantamiento de dicho secreto, este se encuentra regulado en el Código Fiscal de la Federación, en adelante Código Fiscal. De manera general se puede encontrar en el artículo 7 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria, el que enumera las atribuciones del Servicio de Administración Tributaria, en adelante el Servicio, que particularmente en su fracción IV, se le concede la facultad de poder solicitar la información de los contribuyentes con el fin de evitar la elusión y evasión tributaria, así mismo, en la fracción IX, se contempla similar facultad, pero relacionado con la colaboración con otros países en el cumplimiento de convenios internacionales de intercambio de información.

Por otra parte, el artículo 32 B del Código Fiscal, que establece las obligaciones de las entidades financieras y las cooperativas de ahorro y préstamo, en su fracción IV consagra como obligación de éstas la de entregar la información de las operaciones que realicen a la autoridad tributaria ya sea de forma directa, o a través Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro o de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda de acuerdo a la información que se solicita. Por su parte, el Servicio puede solicitar la información directamente a la institución financiera que corresponda si dicha solicitud se hace en virtud de alguna de las atribuciones que se contemplan en los artículos 22 y 42 del mismo Código, el primero de estos se refiere a los casos de devolución de impuestos y la información que se puede solicitar en dicho caso se limita a la necesaria para poder realizar la devolución, por su parte, el artículo 42 establece las facultades de la autoridad fiscal para investigar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, así mismo como la eventual existencia de delitos tributarios. Cabe igualmente destacar que el incumplimiento en la entrega de esta información se encuentra sancionado con multa de acuerdo a lo establecido por los artículos 81 y 82 del Código Fiscal. Todo ello con el fin de facilitar el acceso a la información por parte de la autoridad tributaria³⁸.

Corresponde hacer hincapié en el hecho de que la legislación mexicana no contempla un procedimiento para acceder a la información como el que existe en Chile. Al contrario, el Servicio puede solicitar la información sin mayores trámites, aunque mediado por un tercer organismo, no debiendo acreditarse la necesidad que existe al solicitar la información.

³⁷ Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Mexico 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing, (2012), Primera Edición, p. 51.

³⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 48-50.

Como se puede ver, la diferencia fundamental con el caso chileno es que no requiere de ninguna clase de autorización judicial para acceder a la información.

Por otra parte, en lo referente al deber de notificación que se le practica al contribuyente, esta no es contemplada por la legislación mexicana³⁹. En esta materia, México va más allá del estándar planteado en esta materia por la OCDE, que como ya vimos, no rechaza que se pueda notificar al contribuyente, aunque estima necesario contemplar excepciones.

De lo antes expuesto se pueden sacar diversas conclusiones desde el punto de vista comparado:

- 1) Ambos países consagran el secreto bancario.
- 2) En México no se requiere de autorización judicial para tener acceso a la información bancaria, sino que se obtiene a través de un procedimiento administrativo.
- 3) Bajo este procedimiento no se requiere cumplir con un estándar de exigencia al momento que se solicita la información, a diferencia del estándar existente en Chile.
- 4) En México al momento de que solicita la información a la entidad financiera, ya sea directamente o a través algún otro órgano administrativo, no es necesario el notificar al contribuyente.

En definitiva, a pesar de que en un principio era previsible, atendidas las semejanzas entre ambos países, que la regulación del levantamiento del secreto bancario en México fuera similar a la chilena, resulta ser claramente distinta. El acceso a información financiera en México, es más sencilla y expedita cumpliendo con los estándares establecidos por la OCDE respecto al acceso e intercambio de información, a lo menos en los aspectos en los que este trabajo se centra. Esto se ve reforzado con la ausencia de notificación al contribuyente, lo que permite evitar retrasos o impedimentos para acceder a la información, lo que marca una clara distancia con la regulación nacional.

4.2 Canadá.

La legislación canadiense no consagra el secreto bancario ni ninguna otra clase de normas de reserva o confidencialidad⁴⁰, lo que se traduce en una facilidad en el acceso de información por parte de la Administración tributaria, tanto para propósitos internos como respondiendo a solicitudes de información de otros países. Lo anterior no obsta a que se contemplen facultades con el fin de obtener la información cuando esta no se encuentra en la base de datos de la autoridad

³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 53.

⁴⁰ Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Canada 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2*, OECD Publishing, (2012), Primera Edición, p. 47.

tributaria. Tales facultades pueden analizarse comparadamente con la regulación chilena, pero teniendo siempre en consideración la gran diferencia que representa la inexistencia del secreto bancario.

Efectivamente, el encargado de obtener la información es la Agencia de Ingresos de Canadá (Canada Revenue Agency, en adelante CRA), la cual lleva una base de datos. En el caso de que no cuente con la información que necesita se contemplan una serie de facultades para obtenerla, las cuales consisten en poder realizar auditorías a los contribuyentes (sección 231.1 ITA), solicitar órdenes de registro en caso que se trate de la investigación de un delito (sección 233.3 ITA), entre otras. Destaca entre tales facultades la contemplada en la sección 231.2 de la ITA, que permite solicitar información a cualquier persona (donde se puede considerar contemplado a los bancos). En caso de que el requerido se niegue a entregar la información, sólo se puede obligar a través de una autorización judicial. El juez autorizará a que se pueda forzar la entrega de la información, cuando este lo considere “adecuado” (sección 231.2 (3) ITA), de acuerdo a los datos que se le entreguen en la solicitud⁴¹. Para analizar dicho estándar parece conveniente acudir a la RAE, que define adecuado como aquello que es “apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo”.

En lo que respecta a la notificación, en aquellos casos en que se requiere una autorización judicial para obtener la información, la ley canadiense no contempla la notificación para estas situaciones, teniendo por tanto una regulación similar a la mexicana en este punto⁴².

A partir de lo anterior, se puede arribar a diversas conclusiones, existiendo una serie de diferencias entre la legislación chilena y la canadiense:

- 1) Canadá no consagra el secreto bancario.
- 2) Debido a lo anterior, no se contemplan mecanismos para levantar el secreto, sin perjuicio de existir facultades para reunir la información.
- 3) En una de dichas facultades se contempla la de poder forzar la entrega de información, caso en el cual el estándar que se exige es el de que sea adecuado.
- 4) En el caso que se recurra a dichas facultades, no se contempla la obligación de notificar.

La ausencia de secreto bancario representa una fundamental diferencia que distancia claramente la legislación nacional con la canadiense, ya que esto implica que en Canadá no existen impedimentos significativos para acceder a la información bancaria. Sin perjuicio de ello, cuando es necesario recurrir a los tribunales, ante la negativa del requerido de entregar la información, el estándar

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 42-46.

⁴² Cfr. *Ibidem*, pp. 48-49.

es claramente menos exigente que el que existe en Chile. La norma otorga mayor flexibilidad pues aunque evita abusos por parte de la autoridad, ello no conlleva un impedimento a acceder a la información. La intención sería más bien evitar requerimientos en los que se exija información que sea irrelevante o inútil para los fines perseguidos.

En lo que respecta la exigencia de notificación, la diferencia entre la legislación canadiense y chilena es clara, en la medida de que en todas aquellas facultades de recopilación de información en la que tenga que intervenir un tribunal, no se contempla la obligación de notificar a la persona cuya información se solicita, descartando de plano, cualquier tipo de impedimento o retraso que la notificación podría llegar a producir el notificar.

4.3 España.

En España el secreto bancario se encuentra regulado en el artículo primero adicional de la ley 26 de 1988, la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en dicho artículo se establece el deber de confidencialidad de las instituciones financieras respecto de la información, cuyo incumplimiento es considerado como una infracción sancionable de acuerdo a los términos de la misma ley. Sin perjuicio de lo anterior, se contemplan como excepciones a éste deber, que el propio cliente autorice la entrega de información o, que una ley determine situaciones en las que esta debe ser entregada⁴³.

En lo que se refiere al acceso a la información, esta puede ser solicitada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en adelante la Agencia, que como su nombre lo indica, es el organismo público a cargo de la administración tributaria en España. La Agencia, cuenta con una base de datos de información bancaria de los contribuyentes, pero en aquellos casos en que se necesita de información que se encuentra protegida, debe recurrir al procedimiento para el levantamiento del secreto, el que se encuentra contemplado en el artículo 93 de la ley número 23 del 2003, denominada como la Ley General Tributaria, en dicho artículo, particularmente en su apartado número tres, se comienza señalando que el secreto bancario no puede constituir un fundamento a través del cual poder ampararse para no entregar la información que en virtud de ese artículo se solicita, así, se puede hacer la solicitud directamente al contribuyente o a la institución financiera que corresponda, en este último caso es necesario presentar un requerimiento individualizando la información que se solicita, señalando la información del pago o movimiento de que se trate y debiendo justificar el por qué de la solicitud. Este requerimiento a diferencia de lo que ocurre en Chile, no se presenta ante la autoridad judicial, sino que debe ser presentado ante el director

⁴³ Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Spain 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2*, OECD Publishing, (2012), Primera Edición, p. 47.

del departamento de la Agencia, al que pertenece el funcionario que realiza la solicitud, por lo que la decisión recae en funcionarios de la misma Agencia. Corresponde hacer mención que de acuerdo al artículo 95 de la Ley General Tributaria, la información con trascendencia tributaria, entre la que se vería incluida la financiera, tiene el carácter de reservada, quedando prohibida su entrega a terceros. En el informe de la OCDE respecto a la legislación española, en materia de intercambio de información, se deja constancia que desde un punto de vista práctico, no existen mayores problemas para acceder a la información, sólo se constatan problemas ocasionales en la identificación del contribuyente, al existir muchas personas en España con el mismo nombre y apellido⁴⁴.

Por otra parte, respecto a la notificación al contribuyente, no es necesario hacerla, ya que esta no se encuentra contemplada en la legislación española, por lo tanto se cumple a cabalidad con los estándares planteados por la OCDE. En el caso de que la Agencia opte por notificar al contribuyente este podría apelar a la solicitud, de acuerdo a las reglas generales que se le aplican a toda actuación de la administración tributaria, de acuerdo a los artículos 213 y siguientes de la Ley General Tributaria, pero dicha apelación no puede suspender la solicitud, salvo que el contribuyente expresamente así lo pida y que el funcionario que la realiza acceda a ello. Por su parte, en la práctica, la Agencia normalmente opta por no notificar al contribuyente⁴⁵.

De todo lo anterior, comparando la legislación española con la chilena, existen claras semejanzas y diferencias:

- 1) Ambos países consagran el secreto bancario.
- 2) En España se establece un procedimiento administrativo, a diferencia del judicial chileno.
- 3) En dicho procedimiento basta con justificar la solicitud, sin que establezca un estándar que dicha justificación debe cumplir.
- 4) No se contempla la notificación al contribuyente, y aunque la autoridad opte por hacerlo, el contribuyente puede presentar una apelación que no puede suspender la solicitud.

En definitiva, a pesar de que en los dos países se consagra el secreto bancario, los mecanismos para levantar este secreto son muy diversos. Siendo más flexibles en el caso español, ya que al ser de carácter administrativo y dentro del mismo organismo que está solicitando la información, los impedimentos para acceder a ésta prácticamente desaparecen, a lo que se une la falta de un estándar a cumplir al momento de justificar la solicitud, por lo que se puede hablar de un acceso casi directo de la autoridad española a la información bancaria. Esto se complementa

⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 47-48.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 48-49.

con la ausencia de notificación al contribuyente, y que, incluso si se notificara, dicha notificación no puede retrasar el requerimiento.

4.4 Uruguay.

En la legislación uruguaya el secreto bancario se encuentra consagrado en la Ley de Sistema de Intermediación Financiera, ley número 15.322, que en su artículo 25 señala que las instituciones financieras, delimitadas por sus artículos primero y segundo, se encuentran obligadas a mantener reserva de la información sobre los fondos de sus clientes o los movimientos en sus cuentas, y en general, cualquier información confidencial que reciban de ellos, entendiéndolo todo contemplado dentro del secreto profesional. En el mismo artículo se abre la posibilidad de excepciones, como sería si lo autoriza expresamente el cliente, si lo solicita la Justicia Penal o la Justicia en aquellos casos relacionados con alimentos y finalmente, se abre la opción a otros mecanismos los cuales deben ser contemplados en esa misma ley⁴⁶.

Respecto al levantamiento del secreto bancario, este se encuentra contemplado en el artículo 54 de la Ley del Sistema Tributario, ley número 18.083, que en su inciso 3 contempla el mecanismo para los casos en que la información se solicita con fines tributarios, para lo cual, es necesaria una resolución judicial del Juez Civil, previa solicitud del Director General de Rentas, en adelante el Director, esto cuando sea en cumplimiento de las funciones de fiscalización de la Dirección General Impositiva, en adelante la Dirección, en este caso, se establece que el Juez deberá otorgar la autorización para entregar la información, sólo en el caso en que se acredite con información objetiva y fehaciente, la existencia de evasión tributaria y además, que la información que se solicita es necesaria para la determinación de impuestos o para la tipificación de infracciones. En lo referente al procedimiento que se sigue para la tramitación de la solicitud, el mismo artículo 54, remite a las normas del procedimiento incidental regulado en el Código General del Proceso, modificando algunos aspectos, que no corresponden ser vistos en este trabajo⁴⁷.

En lo que se refiere a la notificación al contribuyente, esta se encuentra dentro de la regulación del procedimiento incidental, la que es modificada por el artículo 54 disminuyendo el plazo para realizarla, a tres días. Por otra parte, no se contemplan excepciones en las cuales se puede omitir la notificación⁴⁸.

De los antes descrito, se puede arribar a diversas conclusiones, existiendo más semejanzas que diferencias entre la legislación chilena y la uruguaya:

⁴⁶ Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Uruguay 2011: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing, (2011), Primera Edición, p. 48.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 48-51.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 51-53.

- 1) Ambos países consagran el secreto bancario.
- 2) En los dos países se establece un procedimiento judicial para levantar el secreto bancario.
- 3) En dichos procedimientos se establecen estándares de exigencia para acceder a la información diversos, en el caso de Uruguay el estándar es que la información sea necesaria, pero a su vez se limita su aplicación a aquellos casos de evasión tributaria.
- 4) Bajo ambos procedimientos se debe notificar al contribuyente.

Por tanto, queda claro que Uruguay tiene una regulación mucho más parecida a la chilena que los otros países analizados, esto se evidencia desde el hecho de que se consagra el secreto bancario, pero principalmente en el hecho de que se requiere autorización judicial para poder acceder a la información. En lo que se refiere al estándar de exigencia para autorizar la entrega de la información, Uruguay restringe más que Chile las situaciones en las que se puede hacer la solicitud, al limitarla a los casos de evasión, pero a la vez establece un estándar menos exigente. Sin embargo, dichas diferencias no evitan concluir que la regulación uruguaya es muy similar a la chilena. En lo referente a la obligación de notificar al contribuyente, la regulación es la misma al no contemplarse excepciones, lo que reafirma lo antes apuntado respecto a la similitud existente entre ambas legislaciones.

4.5 Panorama general de los países miembro de la OCDE.

Finalmente, después de revisar con cierto grado de detalle la regulación del levantamiento del secreto bancario en ciertos países, ahora se verá un panorama general de la situación normativa de los países pertenecientes a la OCDE, para conocer de forma más amplia donde se ubica en la materia la legislación nacional, todo ello a partir de datos de la propia OCDE del año 2010. Para lo anterior cabe destacar que sólo será una visión amplia, sin entrar en los diversos matices que podrían encontrarse en el tratamiento que dan los distintos países.

Lo primero es referirse a qué países consagran normativamente el secreto bancario. De los treinta y cuatro países miembros de la OCDE, veintidós de ellos lo contemplan dentro de su legislación, mientras que los restantes doce no lo consagran. Por lo ya visto, se sabe que Chile se encuentra dentro del grupo que en este punto son mayoría dentro de la totalidad de los miembros de la organización⁴⁹.

Sobre el acceso a la información bancaria, el escenario es diverso, debiendo hacerse distinciones. Dentro de un primer grupo se encuentran los países en los

⁴⁹ Cfr. OECD, *Tax Co-operation 2010: Towards a Level playing field*, (2010), OECD Publishing, Primera Edición, pp. 142-145.

que la administración tributaria, en cualquier caso tiene un acceso directo a la información bancaria, este grupo está conformado por diecinueve países, en los que por tanto, no existen mayores impedimentos para acceder a la información. El resto de los quince países, hay que distinguirlos entre aquellos que por una parte, en ciertos casos requieren autorización (y en consecuencia en otros casos tienen acceso directo a la información) y aquellos en los que siempre es necesaria algún tipo de autorización. Dentro del primer grupo se encuentran diez países que permiten en ciertas situaciones el acceso directo y en otras se requiere de autorización, por otra parte, el segundo grupo, en el que se encuentra Chile, se encuentra conformada por cinco países, en los cuales es siempre necesario una autorización previa⁵⁰.

Por otra parte, en lo referente al deber de notificar al contribuyente, a partir de la revisión del grupo de quince países que no contemplan el acceso directo a la información, solamente cuatro contemplan el deber de notificar, y de estos, sólo dos, a saber Reino Unido⁵¹ y Alemania⁵², contemplan excepciones con el fin de evitar impedimentos y/o retrasos en dicho acceso, ajustándose por tanto, a los estándares de la OCDE, mientras que, los otros dos países restantes, que corresponde a Suiza y Chile, establecen el deber de notificar, sin contemplar ningún tipo excepción, aunque corresponde igualmente indicar que en Suiza se contempla la posibilidad de que en ciertos casos se pueda retrasar la notificación hasta el momento que se obtiene la información⁵³.

En definitiva, en lo que respecta al reconocimiento normativo del secreto bancario, Chile se encuentra entre la mayoría de los países de la OCDE, estableciendo esta protección a la información bancaria. Lo que es acorde con lo planteado por esta organización, en la medida que no crítica ni se opone a realizar dicha consagración, pero sí apunta a un adecuado acceso a la información como contraposición.

En lo que respecta al procedimiento a través del cual acceder a la información, la legislación chilena se puede considerar dentro de una minoría al ser necesario obtener una autorización previa, mientras que la mayoría de los países otorgan al órgano administrativo tributario competente acceso directo a ésta, lo que en definitiva conlleva que el secreto bancario no signifique un obstáculo mayor de acceso a la información para fines tributarios y de intercambio entre países. Además de ello, Chile se ubica dentro de un grupo aún más reducido de países en

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 157-162.

⁵¹ Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: United Kingdom 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing, (2011), Primera Edición, pp. 68-69.

⁵² Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Germany 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2*, OECD Publishing, (2011), Primera Edición, pp. 59-61.

⁵³ Cfr. OECD, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Switzerland 2011: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing, (2011), Primera Edición, p. 69.

los que siempre la autoridad tributaria requiere de forma obligatoria de una autorización para poder acceder a la información, ya que en la mayoría de los países en los que se requiere autorización, esta no es necesaria en cualquier caso, sino que sólo en situaciones previamente establecidas.

Por otra parte, en lo referente a la notificación, Chile forma parte de un grupo aún más reducido, al encontrarse entre los únicos dos países que contemplan la obligación de notificar, sin excepciones, a lo que se une lo que ya señalado, de que en Suiza es posible a lo menos retrasarla, a diferencia de Chile que no contempla ni siquiera esta opción, ya que no se admite ningún tipo de medida para evitar los efectos negativos que puede llegar a producir la notificación.

Todo lo anterior lleva a concluir que Chile, teniendo en consideración los estándares planteados por la OCDE, en lo que respecta al acceso a la información bancaria es uno de los países miembro en el que mayores dificultades existen para dicho acceso.

4.6 Conclusiones.

De este análisis comparado, se puede llegar a diversas conclusiones. Relacionado a la revisión de la normativa de tres países miembro de la OCDE, se puede señalar que en comparación, Chile tiene una normativa más estricta para permitir el acceso a información bancaria, cuyas diferencias con los diversos países ya fueron apuntadas, aunque éstas son distintas dependiendo del país con el que se compare. Esto, tanto respecto al mecanismo con el cual se obtiene la información, donde cabe destacar la muy diversa regulación que existe en Canadá que no consagra el secreto bancario, mientras que España y México, no llegan a tal punto, pero sí existen exigencias menores para acceder la información, al establecer un procedimiento administrativo a través del cual obtener la autorización. Y por otra parte, de estos tres países ninguno contempla la obligación de notificar al contribuyente, lo que marca una clara diferencia con la regulación chilena.

Lo anterior, se ve apoyado por la revisión general de los países de la OCDE, entre los que Chile se encuentra entre aquellos en los que mayores dificultades existen para acceder a la información, tanto en lo que respecta a contar con un procedimiento a través del cual ésta se puede obtener, como en lo que respecta al deber de notificar al contribuyente, que cómo ya se vio, Chile está entre los únicos dos países que no contemplan excepciones. Todo esto sirve para constatar que, aún faltando una comparación más pormenorizada con cada uno de los demás países de la OCDE, las diferencias que existen con España, México y Canadá, no serían una cuestión aislada, sino que más bien son muestra clara de las diferencias que Chile tiene en relación a los otros miembros.

Igualmente, se revisó la legislación uruguaya. En ese caso las diferencias son más sutiles, ya que también se contempla un procedimiento judicial para acceder a la información, y si bien ambos presentan diferencias, ello no obsta a que en términos generales sean procedimientos muy similares y con fuertes exigencias para otorgar el acceso a la información. A ello se une, que en ambos se contempla la notificación sin excepciones. Pero, hay que tener en cuenta que con los países de la OCDE son con los cuales hay que hacer hincapié en el análisis, ya que hay que recordar que fue precisamente la dictación de la ley 20.406, entre otras exigencias, la que permitió que Chile entrara a esta organización y por tanto, la comparación se debe hacer con los demás miembros, y que si bien hacerla con Uruguay es útil para tener alguna idea del pie en el que se encuentra Chile dentro de nuestra región, no puede ser central para la revisión de la legislación nacional.

Conclusiones.

A partir del trabajo antes realizado es posible llegar a una serie de conclusiones referentes a la ley 20.406 y particularmente respecto de su aplicabilidad práctica.

Pero previo a ello se abordaron temas como el concepto de secreto bancario, el que se entiende como una obligación de reserva de los bancos, respecto a la información de sus clientes, lo que no impide que existan excepciones a éste deber, como lo son la autorización del mismo cliente o los casos en que la ley establece. Así mismo, la existencia del secreto bancario se encontraría justificada de diversas formas, pero la principal es a través del derecho de privacidad, entendiendo que la información financiera estaría dentro de la esfera de lo privado de las personas, estando protegido por tanto constitucionalmente; en contraposición a dicha postura, se plantea que el secreto bancario facilita una serie de actividades ilícitas, entre las que se encontraría la evasión tributaria, por lo que se haría necesario establecer mecanismos para levantar el secreto bancario, el que sería el objetivo de la ley 20.406, la que buscaría compatibilizar por una parte la privacidad de los contribuyentes y por otra, consagrar un mecanismo para levantar el secreto bancario.

En lo referente a la situación normativa chilena previa a la ley 20.406, quedó en evidencia lo limitado de estos artículos como un medio a través del cual poder levantar el secreto bancario, al no permitir acceder a las cuentas corrientes de los contribuyentes. Los artículos revisados vendrían a constituir un grupo de normas que si bien permiten acceder a cierta información bancaria, su alcance en lo que en este trabajo interesa es más bien limitado, lo que lleva a concluir que no existían herramientas cabales para acceder a la información bancaria.

Así mismo, la historia de la ley 20.406, revela como fue evolucionando el proyecto, en el que fue aumentándose progresivamente las garantías para los contribuyentes, lo que como contra punto va disminuyendo la aplicabilidad de la ley. Destaca, la inclusión del estándar de que la información debe ser indispensable, el que inicialmente no se encontraba contemplado, ya que fue incluida posteriormente, al incorporarse en el proyecto la exigencia de que la información debía ser necesaria, que luego fue reemplazada por la redacción actual, lo que es una muestra clara de cómo fue aumentándose la protección al contribuyente.

En lo que se refiere ya a la versión definitiva de la ley, esta muestra primero que todo, una serie de vacíos en la regulación de algunos aspectos de carácter procesal, al no aclarar cuestiones tales como, de qué clase son los plazos de días que se establecen en el procedimiento, o, relacionado con el término probatorio, no se especifican cuestiones tales como el estándar probatorio o los medios de prueba admitidos. Muchas de estas cuestiones, no tienen una respuesta clara por lo que es necesario que el legislador se haga cargo de dichos vacíos.

Uno de los aspectos procesales revisados es el que se refiere a la obligación de notificar al contribuyente, en este caso, no existen dudas, pero es un tema relevante ya que esta notificación va en contra de los estándares planteados por la OCDE, en la medida de que puede producir, en ciertos casos, impedimentos o retrasos en el acceso a la información, por lo que se plantea como útil el contemplar casos excepcionales en los cuales se pueda omitir la notificación.

En lo que se refiere al estándar de exigencia para acceder a la información, tanto del análisis teórico como práctico del alcance de la palabra indispensable, queda claramente establecido que se trata de un estándar altamente exigente, que sólo sería aplicable en aquellos casos en el que el Servicio no cuenta con ningún otro medio a través del cual obtener los resultados buscados, por lo que como ya se ha señalado, se reduce el levantamiento del secreto bancario a una herramienta que sólo puede ser utilizada en casos marginales, todo con el fin de proteger al contribuyente de una eventual actividad abusiva por parte del Servicio, pero que dicha protección aparece como excesiva, al revisar lo limitada que es la aplicabilidad de la ley.

Entonces, tanto el estándar de exigencia como el deber de notificar, contribuyen a limitar la aplicación del levantamiento del secreto bancario, conclusión que se ve apoyada al revisar la legislación comparada de otros países pertenecientes a la OCDE. Esto, ya que tanto de las diversas legislaciones en este trabajo analizadas, como del panorama general de los países de la OCDE, se evidencia en mayor o menor medida, más facilidades para acceder a la información bancaria, siendo más probable que ésta sea entregada, destacando el caso de Canadá que ni siquiera consagra el secreto bancario. Así mismo, sólo uno de los países vistos presenta una regulación similar a la chilena, que es el caso de Uruguay, pero éste no pertenece a la OCDE y al ser Chile miembro de dicha organización, aparece como más adecuado centrar el trabajo de comparación con aquellos países que sí son miembros.

Para finalizar, aparece como adecuado hacer la propuesta de realizar ciertas modificaciones a los artículos 62 y 62 bis del Código Tributario. La primera de las propuestas va en el sentido de solventar las cuestiones de carácter procesal que generan dudas, ya sea resolviéndolas individualmente, o hacer un reenvío a las normas que regulan el procedimiento general de reclamos regulados en el Título II del Libro Tercero del Código Tributario. En lo que respecta a la obligación de notificación del contribuyente, se propone establecer excepciones, en situaciones tales como aquellas en las que exista un temor fundado que la notificación podría conllevar la destrucción de información, que la información se requiera de forma urgente o, en el caso de que exista algún impedimento para notificar (por ejemplo que el contribuyente no sea habido), y así evitar poder que por dicho impedimento se haga imposible acceder a la información. Finalmente, se propone disminuir el

estándar de exigencia para autorizar la entrega de la información, cambiando la palabra indispensable tanto en el artículo 62 como en el 62 bis, por la expresión previsiblemente útil o en último caso por la palabra necesario.

Bibliografía.

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. & VODANOVIC, A. (2010). *Derecho Civil partes preliminar y general, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.

ASTE, C. (2007). *Impuesto a la Renta*. Lexis Nexis.

AZAUSTRE, M. (2001). *El secreto bancario*. J.M Bosh.

BREVIK, F. y GÄRTNER, M. (2006). *Macroeconomic effects on bank secrecy when tax evasion is endogenous*. Obtenido de http://www1.vwa.unisg.ch/RePEc/usg/dp2006/DP10_ga.pdf

COMPAÑIA DE PETRÓLEOS DE CHILE S.A CON S.I.I, 952 (Corte Suprema 2000).

FUNDACIÓN JAIME GÚZMAN. (2009). Levantamiento del secreto bancario, privacidad y debido proceso. *Ideas y Propuestas* .

HISTORIA DE LA LEY 20.406.

MORAND, L. (1990). *Legislación bancaria*. Editorial Jurídica de Chile.

OCDE. (2012). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Chile 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*. OCDE Publishing.

OCDE. (2011). *Implementing the Tax Transparency Standards: A Handbook for Assessors and Jurisdictions*. OECD Publishing.

OECD. (2011). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Canada 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2*. OECD Publishing.

OECD. (2011). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Germany 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2*. OECD Publishing.

OECD. (2011). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Germany 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2: Legal and Regulatory Framework*. OECD Publishing.

OECD. (2012). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Mexico 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*. Legal Publishing.

OECD. (2012). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Spain 2011: Combined: Phase 1 + Phase 2*. OECD Publishing.

OECD. (2011). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Switzerland 2011: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*. OECD Publishing.

OECD. (2011). *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Uruguay 2011: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*. OECD Publishing.

OECD. (2010). *Tax Co-operation 2010: Towards a Level playing field*. OECD Publishing.

PÉREZ, A. (2011). *Manual de Código Tributario*. Legal Publishing Chile.

PINTO LAVÍN, J. (1980). *Secreto bancario, régimen legal*, Ediciones Patmos. Ediciones Padmos.

SILVA, H. (1997). El delito de lavado de dinero proveniente del tráfico ilegal de drogas como un delito internacional. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* .

UGALDE, R. (2010). *Justificación de Inversiones y Secreto Bancario*. Thomson Reuters Punto Lex.

VERGARA, A. (1990). *El secreto bancario, sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

VILLANUEVA, J. y ARIAS, L. (2010-2011). El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual. *Diálogos* .

ZAVALA, J. (2010). *Manual de Derecho Tributario*. Thomson Reuters Punto Lex.

