

Levantamiento del secreto bancario: cumplimiento tributario e inteligencia económica

Alfonso España¹

Resumen

- Actualmente, se encuentran en tramitación legislativa dos proyectos que modifican las atribuciones de los órganos fiscalizadores para levantar el secreto bancario. Primero, el proyecto de “Cumplimiento tributario” (Boletín N°16.621-05), que se encuentra en la Comisión de Hacienda del Senado. El segundo, el proyecto que “Crea el Subsistema de Inteligencia Económica” (Boletín N°15.975-25), el que se encuentra en la Comisión de Seguridad Pública del Senado.
- Al respecto, han sido puntos de disenso: (i) el silencio positivo del contribuyente frente al requerimiento de información bancaria sujeta a reserva por parte del Servicio de Impuestos Internos (SII); (ii) el establecimiento de la responsabilidad en el contribuyente de probar que la información que requiere el SII no es indispensable para su examen ante el Tribunal Tributario Aduanero (TTA); y (iii) la eliminación de la autorización judicial en el requerimiento de acceso a información bancaria sujeta a reserva cuando sea la Unidad de Análisis Financiero (UAF) o la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) la solicitante.
- Recomendamos agilizar el proceso iniciado por el SII para levantar el secreto bancario, pero sin perjuicio de los derechos de los contribuyentes. Para ello, se debe (i) resguardar que sea el SII quien deba presentar los antecedentes ante el TTA que justifiquen el levantamiento del secreto bancario; (ii) reducir los plazos de entrega de información bancaria cuando el contribuyente acepte levantar el secreto, de 45 a 15 días; (iii) en caso de que el cliente del banco se niegue, establecer un plazo máximo de 5 días para que el TTA notifique la audiencia al contribuyente y al SII; (iv) mantener excepción a la notificación al contribuyente cuando pueda obstruir la investigación; (v) ampliar la información agregada (número de transferencias mensuales superiores a 50, depósitos en cuenta corriente superiores a montos por definir, entre otros); (vi) modificar la gobernanza del SII, fortaleciendo el nombramiento del director nacional con la ratificación del Senado y moverse hacia una institución de carácter colegiada y autónoma de los gobiernos de turno; (vii) mantener la autorización judicial para el acceso a información bancaria sujeta a reserva para la CMF y la UAF.

1. Legislación vigente sobre el secreto bancario en Chile²

La Constitución Política de la República (art. 19, núm. 4) establece el derecho a la protección de la vida privada. De igual modo, el art. 154 de la Ley General de Bancos (DFL N°3, Ministerio de Hacienda, 1997) declara sujeto a secreto los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos, quienes sólo pueden dar a conocer antecedentes sobre ellos a su titular, a quien éste autorice, o a quien lo represente legalmente. La infracción a la obligación del secreto tiene sanción penal.

Con todo, la justicia puede exigir la información sobre operaciones sujetas a secreto o reserva bancaria en las causas que esté conociendo, en determinados casos:

1. **Servicio de Impuestos Internos (SII)**³. La Ley N°20.406 **(a)** faculta a la Justicia Ordinaria y de los Tribunales Tributarios Aduaneros (TTA) a autorizar el examen de información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, incluidas todas aquellas sometidas a secreto bancario o sujetas a reserva, en el caso de procesos de delitos relacionados con el cumplimiento de obligaciones tributarias o de sanciones por infracciones a las disposiciones tributarias que no consistan en penas privativas de libertad; y **(b)** faculta al SII para requerir directamente información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, incluidas todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva: **(b.1)** que resulten indispensables para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o falta de ellas, en su caso; **(b.2)** para dar cumplimiento a requerimientos provenientes de administraciones tributarias extranjeras; o **(b.3)** para dar cumplimiento a requerimientos originados en el intercambio de información con las autoridades competentes de los Estados Contratantes en conformidad a lo pactado en los Convenios vigentes para evitar la doble imposición.

La facultad del SII de requerir directamente información amparada por secreto o reserva bancaria está sometida a un procedimiento que exige el consentimiento del titular de la información. En el caso de que el contribuyente se oponga, el SII debe apelar ante TTA, el que resolverá previa audiencia y conforme al mérito de los antecedentes aportados. Si el TTA aprueba el requerimiento del SII, el banco deberá entregar la información.

2. **Comisión para el Mercado Financiero (CMF)**. La Ley N°21.000 permite que la CMF pueda autorizar, con el voto favorable de al menos tres de sus cinco comisionados y mediante resolución fundada, al Fiscal de la Unidad de Investigación de la CMF para requerir información relativa a operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o a reserva, cuando **(a)** sea indispensable para verificar la existencia de conductas que se encuentren tipificadas como delitos en la legislación de valores y seguros por parte de entidades o personas, en el marco de investigaciones o procesos sancionatorios; y **(b)** para dar cumplimiento a los requerimientos provenientes de entidades fiscalizadoras extranjeras, cuando ello haya sido acordado bajo un convenio internacional de intercambio de información suscrito por la Comisión.

Para acceder a la información bancaria sujeta a reserva, la CMF debe contar con la autorización previa de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, designado por sorteo una vez al año. El requerimiento de información debe ser presentado con los antecedentes que lo sustenten y que justifiquen la necesidad de contar con dicha información. Luego, el ministro de la Corte de Apelaciones debe resolver la solicitud en un plazo de tres días, sin audiencia ni intervención de terceros. Acogida la solicitud por sentencia judicial firme, la CMF debe notificar al banco respectivo, acompañando copia autorizada de la resolución de la Corte. La entidad bancaria dispone de un plazo de cinco días para la entrega de la información solicitada. Si la petición fuera rechazada, el Fiscal de la CMF puede apelar a la Corte, que deberá pronunciarse tan pronto como reciba los antecedentes.

² Además de los cuerpos legales que regulan el secreto bancario, esta sección se basa en Weidenslaufer y Wilkins (2023) y OCDE (2014, 2020).

³ La facultad del SII de requerir directamente información amparada por secreto o reserva bancaria está sometida a un procedimiento que exige el consentimiento del titular de la información. En el caso de que el contribuyente se oponga, el SII debe apelar ante TTA, el que resolverá previa audiencia y conforme al mérito de los antecedentes aportados. Si el TTA aprueba el requerimiento del SII, el banco deberá entregar la información.

3. Unidad de Análisis Financiero (UAF). La Ley N°20.818 (Ministerio de Hacienda, 2015) facultó a la UAF (Ley N°19.913) para solicitar a los bancos –y a otras entidades financieras– antecedentes que resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de operaciones sospechosas previamente reportadas a la UAF o detectada por ésta en el ejercicio de sus atribuciones.

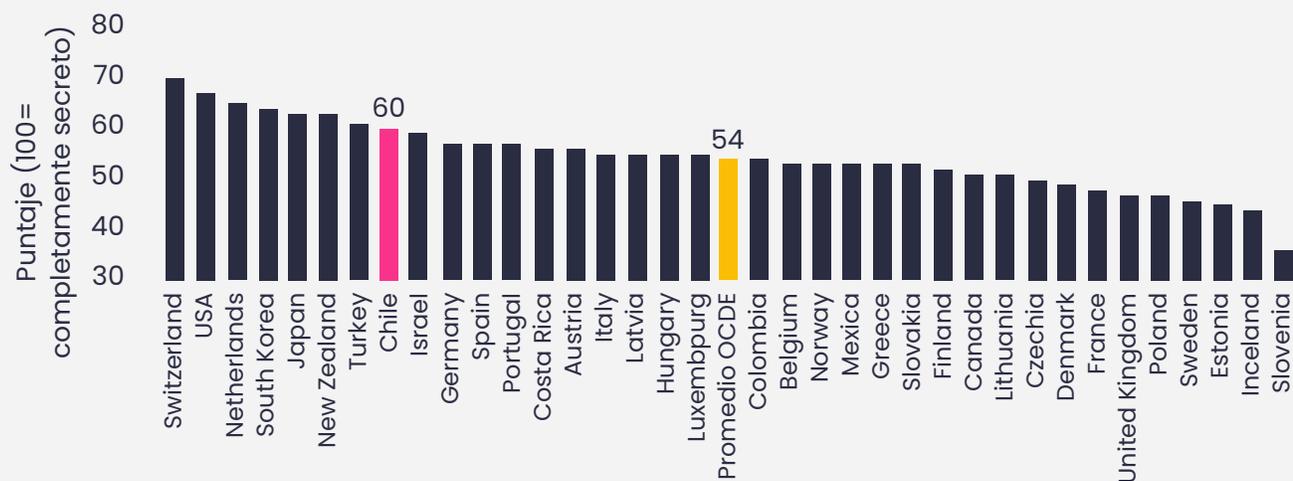
La facultad de la UAF para requerir información sometida a secreto o reserva bancaria debe contar con la autorización previa de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, designado por sorteo una vez al año. Así también, la resolución de la solicitud por parte del Ministro se efectúa sin audiencia ni intervención de terceros, la que debe fundarse en hechos específicos que las justifiquen.

2. Proyecto de Ley de Cumplimiento Tributario

A pesar de la urgencia que se ha planteado para legislar al respecto, el alza del secreto bancario por parte del SII ha sido utilizada solo en cuatro ocasiones desde la creación de los TTA (2010), lo que da cuenta de que la necesidad de mejorar las herramientas del SII para perseguir delitos tributarios no estaría en una obstaculización del uso de dicha facultad⁴.

Ahora bien, Chile se ubica por sobre los países OCDE con respecto al nivel de restricción del secreto bancario, mientras que, entre los más abiertos, se encontraría Islandia, Suecia, Irlanda, Reino Unido, Francia, Dinamarca, Canadá, Finlandia, Noruega y Bélgica (**Gráfico 1**)⁵.

Figura 1: Índice de secreto financiero, países OCDE (38), 2022



Fuente: Elaboración propia en base a Tax Justice Network (2022)⁶

⁴ Observatorio Judicial. Secreto bancario en los Tribunales Tributarios y Aduaneros. Santiago: Observatorio Judicial, 2024.

⁵ El índice se construye a partir de la cantidad y calidad de las leyes o regulaciones pertinentes en: (i) disponibilidad de información relevante; (ii) el efectivo acceso a la información por parte de la autoridad y (iii) las consecuencias de violar el secreto bancario (multas o penas de prisión) (Tax Justice Network, 2022).

⁶ Tax Justice Network. Financial Secrecy Index 2022. 2022. <https://fsi.taxjustice.net/> (último acceso: 25 de Julio de 2024).

Este mayor puntaje con respecto al promedio OCDE explica por los desafíos identificados en la revisión de pares realizada por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios (OCDE). Al respecto, en las últimas dos revisiones realizadas para Chile (2014, 2020)⁷, se han identificado los siguientes déficits (entre paréntesis el número del párrafo del informe y año): (i) la ley establece un mínimo -45 días-, pero no un plazo máximo para que el banco provea la información cuando el cliente acepta levantar su información bancaria (218, 2014); (ii) la ley no provee una mayor guía sobre cuándo el TTA tiene que aceptar o negarse a ordenar el acceso a la información solicitada por el SII (220, 2014); (iii) aunque señala que el TTA debe decidir en un plazo de 5 días desde la notificación de la audiencia, el art. 62 del CT no establece un plazo máximo para que el TTA convoque a las partes a audiencia (221, 2014); (iv) no hay excepciones legales a la notificación previa del interesado, incluso cuando la solicitud de información pueda ser urgente o la notificación pueda menoscabar las posibilidades de éxito de la investigación realizada por el SII (249, 2014); (v) en total, el procedimiento puede durar 63 días, a los que hay que sumar el plazo que tardan los tribunales en dictar citaciones y decidir expeditamente el recurso. En el mismo sentido, el plazo para obtener información cuando se necesita una orden judicial no está fijado en la ley y la eficacia del intercambio de información dependerá de la práctica del TTA de citar a las partes a la audiencia y la Corte de Apelaciones para actuar rápidamente (221, 2014); (vi) se debe garantizar que el proceso de acceso a la información bancaria no obstaculice o retrase indebidamente el intercambio de información (181, 2020).

En este contexto, el proyecto de ley de cumplimiento tributario, entre otros aspectos, modifica el actual proceso para requerir información bancaria del siguiente modo: una vez que el SII notifica al banco, la institución financiera no solo deberá avisar al contribuyente que se está requiriendo información bancaria, sino que también tendrá que comunicar al SII, desde que se produzca la notificación, de cualquier movimiento sospechoso previamente definido vía resolución del director del SII. Además, el proyecto establece que el SII no solo debe notificar el requerimiento al banco, sino también al contribuyente. En caso de que el contribuyente no autorice al SII a acceder a su información bancaria, deberá ser él quien se encuentre obligado a presentar un reclamo ante el TTA en un plazo de quince días hábiles—en vez de que sea el SII quien insista en TTA—. La interposición del reclamo debe ser notificada por él mismo a su banco, y la institución bancaria al SII. Luego, el SII puede acceder a la información bancaria si es que el contribuyente no reclamó al TTA (silencio positivo), o si es que dicho reclamo fue declarado inadmisibles por el TTA.

Por lo tanto, aunque el PDL no modifica que el SII deba probar que dicha información sea indispensable para requerir acceder a la información bancaria, y mantener que sea el TTA quien deba aprobarla, al invertir el peso de la prueba es el contribuyente el que debe defender que acceder a dicha información no resulta indispensable para que el SII compruebe delitos tributarios. Dicho de otra manera, se le exige al contribuyente probar hechos negativos, lo que es contrario a principios básicos del derecho procesal probatorio. Además, se establece el silencio positivo en caso de que el contribuyente no se pronuncie.

Por último, el proyecto añade una excepción al proceso señalado, de carácter secreto y sin notificación al cliente del banco⁸. Dicho procedimiento, sin notificación, pero con autorización judicial, se establece para delitos en los que el aviso al cliente por parte de la institución bancaria podría obstruir la investigación llevada a cabo por el SII⁹, por lo que se encuentra en línea con lo planteado por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios (2014, 2020).

7 OCDE. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Chile 2014: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice. Report, OECD Publishing, 2014.

OCDE. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: Chile 2020 (Second Round): Peer Review Report on the Exchange of Information on Request. Paris: OECD Publishing, 2020.

8 En este caso especial: a) el SII presenta el requerimiento ante el TTA junto con los fundamentos de contar con la información bancaria requerida; b) el juez debe evaluar en cinco días el cumplimiento de los requisitos que habiliten al SII a acceder a dicha información; c) el SII envía el requerimiento y la resolución del tribunal al banco, el que deberá entregar la información en 45 días; d) una vez entregada la información, el banco notifica al titular del hecho en virtud de un requerimiento especial.

9 El artículo 59ter del Código Tributario, incorporado en el proyecto de ley, establece un procedimiento de fiscalización unificado para quienes formen parte de un mismo grupo empresarial —que comparten un controlador, que estén siendo fiscalizados conforme a los artículos 59 y siguientes (art. 59, art. 59bis). Por otra parte, el número 10 del artículo 161 del Código Tributario establece que, con el fin de recopilar antecedentes que sirvan de fundamento para corroborar infracciones que el Código Tributario sanciona con multa y pena privativa de libertad, el Director del SII podrá ordenar, entre otros, la incautación de los libros de contabilidad, recurrir al auxilio de la fuerza pública concedida por el Jefe de Carabineros más inmediato sin más trámite que la exhibición de la resolución que ordena dicha medida, entre otros. Por último, los artículos 41E, 41F y 41G de la Ley de Impuesto a la Renta, dicen relación con la evasión o elusión de impuestos haciendo uso de paraísos fiscales u otro tipo de técnicas de carácter internacional.

3. Proyecto de Ley de “Inteligencia Económica”

El proyecto de ley de Inteligencia Económica crea un Subsistema de Inteligencia Económica integrado por la UAF, el SII y el Servicio Nacional de Aduanas, los dos últimos a través de sus Unidades de Inteligencia Económica. Con respecto al secreto bancario, tanto para el caso de la CMF como en el caso de la UAF, se elimina la necesidad de que el Fiscal de la Unidad de Investigación de la CMF, como la UAF, deban contar con la autorización de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago para acceder a dicha información.

Si bien es cierto que la información bancaria es necesaria para perseguir la ruta del dinero del crimen organizado y financiamiento del terrorismo¹⁰, la autorización judicial no es un impedimento para dicho objetivo. Ésta es parte del resguardo de los derechos fundamentales de las personas, por lo que quitar dicha autorización no parece realmente mejorar la persecución de dichos delitos¹¹.

4. Recomendaciones

A partir del análisis realizado, recomendamos:

1. Perfeccionar el proceso para levantar el secreto bancario por parte del SII, con el fin de agilizarlo, pero sin perjuicio de los derechos de los contribuyentes.

- a. El peso de la prueba debe seguir recayendo en el SII, con el fin de resguardar los derechos fundamentales de las personas. Esto implica que el SII debe solicitar la autorización judicial para requerir dicha información si es que es negada por el contribuyente y no que sea él quien deba justificar por qué la información no es indispensable para la investigación del SII. Del mismo modo, no debiese haber silencio positivo por parte del contribuyente.
- b. Establecer un plazo máximo de quince días para que el banco provea la información cuando el cliente acepte levantar su información bancaria, cuando el contribuyente acepte el requerimiento del SII.
- c. En caso de que el contribuyente se oponga a permitir que el SII acceda a su información bancaria, se debe definir de mejor forma, en el Código Tributario, cuándo el TTA debe aceptar o negarse a ordenar el acceso a la información solicitada por el SII. En otras palabras, se debe especificar qué elementos constituyen que ésta sea indispensable o no para la investigación del SII.
- d. En la misma línea, se debe establecer un plazo máximo de 5 días para que el TTA convoque a las partes a audiencia.
- e. Mantener las excepciones legales a la notificación previa del contribuyente contenidas en el proyecto de ley, cuando el aviso al contribuyente pueda obstruir la investigación, en los artículos contenidos en el proyecto de ley de Cumplimiento Tributario. Dicha modificación se ajusta al estándar internacional.

¹⁰ Varela, Luis. «El efecto Al Capone de los delitos contables tributarios.» Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2021.

¹¹ González, Natalia. La oposición y el secreto bancario. 2 de Julio de 2024. <https://www.ex-ante.cl/la-oposicion-y-el-secreto-bancario-por-natalia-gonzalez/> (último acceso: 25 de Julio de 2024).

2. Evaluar otras técnicas de prevención y control de la elusión y evasión de impuestos. En esta línea, se debiese considerar ampliar el catálogo de información agregada y no granular de reporte automático que ya existe hoy (>1.500 UF), como, por ejemplo, el número de transferencias mensuales (>50, saldos promedio anual, depósitos en cuenta corriente superiores a un cierto monto), lo que permitiría al SII tener indicios para formar un caso más robusto de delito tributario en caso de personas naturales.

3. Reforzar la autonomía del SII con respecto al gobierno de turno, transformándolo en un Servicio colegiado y cuyo director sea nombrado con acuerdo del Senado¹². Actualmente el Director del SII es excesivamente dependiente del gobierno de turno, lo que contrasta con el carácter técnico de la institución. Además, el Ejecutivo cuenta con doce nominaciones que puede realizar sin necesidad de procesos competitivos del Sistema de Alta Dirección Pública¹³. Por lo tanto, además de modificar el proceso de selección del director del SII, es necesario que la institución cuente con una nueva gobernanza, conformada por un Consejo que prevenga el mal uso de las potestades de inspección, regulación y sanción del SII, cuyos integrantes sean seleccionados con acuerdo del Senado. Dichos consejeros deberán tener voz vinculante con respecto a las circulares de aplicación general que prepare el SII.

4. Mantener la necesaria autorización judicial para acceder a información sujeta a reserva bancaria por parte de la CMF y la UAF.

¹² España, Alfonso, y Juan José Obach. Modernización del Estado: instituciones fiscalizadoras y empleo público. Santiago: Horizontal, 2023.

¹³ Ley N°19.882, artículo trigésimo sexto bis.