

Los Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria y su Implementación en el Perú

Patricia Valdez Ladrón de Guevara*

Resumen:

En el presente artículo, la autora comienza dándonos un panorama general sobre los sistemas de intercambio de información tributaria. No solo define y analiza la naturaleza de esta figura, sino que además realiza un exhaustivo análisis del contenido y sujetos comprendidos, así como de las formas y modalidades del intercambio de información. Finalmente, analiza los acuerdos internacionales sobre intercambio de información de materia tributaria en los cuales el Perú es parte. Concluye su análisis centrándose en la implementación del FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) en el Perú.

Palabras clave:

Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) – Intercambio de información tributaria – Secreto bancario – Derechos del contribuyente – Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)

Abstract:

In this article, the author begins by giving an overview of the systems of tax information exchange. Not only describes and analyzes the nature of this figure, but also performs a comprehensive analysis of the content, the subjects involved, and the ways and means of information exchange. Finally, analyzes international agreements on exchange of information on tax matters in Peru which is part. He concludes his analysis by focusing on the implementation of FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) in Peru.

Keywords:

Agreements Tax Information Exchange – Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) – Exchange of Tax Information – Banking secrecy – Taxpayer Rights – Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)

Sumario:

1. Introducción – 2. Antecedentes de los Acuerdos de intercambio de información tributaria (AIIT) – 3. Definición y naturaleza de los acuerdos de intercambio de información tributaria – 4. Contenido del intercambio y sujetos comprendidos – 5. Formas o modalidades de intercambio de información – 6. Modalidades de cooperación para efectos del intercambio de información – 7. De los límites establecidos en el intercambio de información. El secreto bancario y los derechos del contribuyente – 8. El Perú frente a los acuerdos de intercambio de información para fines tributarios – 9. Implementación de la “Foreign Account Tax Compliance Act” – FATCA en Perú – 10. Conclusiones

* Abogada por la Universidad de Lima, con Post Grado en Tributación en la misma universidad. Con estudios de Negociaciones Comerciales Internacionales en Florida International University of Miami. Actualmente es Socia de Integrando Consultores S.A.C.

1. Introducción

¿Se imagina usted que un contribuyente domiciliado por ejemplo en el Perú, pueda ser fiscalizado de manera simultánea por la SUNAT y la administración tributaria de otro país donde realiza inversiones o presta servicios a empresas domiciliadas en ese tercer país? ¿O que ambas administraciones, fiscalicen conjuntamente a ese contribuyente, lo que implicará la presencia en el país de los funcionarios de ese tercer país? Pues bien, esta posibilidad ya no es tan lejana como consecuencia de la cada vez más frecuente adopción de acuerdos de intercambio de información entre administraciones tributarias y de la profundización de los niveles de cooperación mutua entre ellas.

Claro está que la adopción de este tipo de convenios responden a la internacionalización de la economía, la misma que como efecto de la globalización ha generado un incremento de operaciones transfronterizas, sobre todo de aquellas que realizan las empresas multinacionales con sus vinculadas, lo que en muchos casos han generado situaciones de deslocalización de empresas. Del mismo modo, es evidente que en las últimas décadas la movilización de inversiones es cada vez mayor junto con el incremento del comercio internacional, así como el uso de nuevas tecnologías de información.

La tributación, por su parte, no puede estar alejada de este fenómeno de internacionalización económica, donde la cooperación entre las administraciones tributarias resulta indispensable para efectuar la correcta determinación de las obligaciones tributarias que se generan en cada jurisdicción. De otro lado, es necesario que las administraciones tributarias estén dotadas de los mecanismos que la fortalezcan en la lucha contra la evasión y el fraude fiscal, de manera tan global como operan los contribuyentes, pues qué duda cabe que muchas empresas con el ánimo de generar mayores ingresos, buscan jurisdicciones que les permitan reducir sus costos de producción. Bajo este panorama, el intercambio de información tributaria entre administraciones tributarias se convierte en el instrumento adecuado que permite por un lado controlar la evasión y de otro mantener el sistema fiscal vigente, máxime cuando se trata de operaciones ocurridas totalmente o parcialmente en el exterior, o cuando nos encontramos frente a sujetos domiciliados en el exterior que obtienen rentas en un país distinto al de su residencia.

De otro lado, el compromiso de los países en la lucha contra los delitos tributarios y el abuso de sistemas fiscales, la crisis del 2008 y algunos escándalos financieros, han dado lugar a un

cambio significativo en materia de cooperación internacional, dejando atrás algunos paradigmas como el secreto bancario, incluso en países como Suiza donde se ha implementado mecanismos especiales en el ámbito doméstico, como es el caso del denominado Acuerdo Rubick. Este acuerdo se presenta como una suerte de recaudación subcontratada entre Suiza y los países con los que suscribe este acuerdo, permitiéndole mantener la reserva de las cuentas bancarias a cambio del cobro de un impuesto liberatorio recaudado por la autoridad tributaria Suiza, que sirve para regularizar las contingencias fiscales derivadas de la tenencia de cuentas en ese país. Más allá se encuentra la Ley FACTA (Forreing Account Tax Compliance), aprobada por el Congreso Americano, por la cual se crea un sistema de acuerdos entre las entidades financieras extranjeras y el Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos (IRS), que le permitirán al gobierno americano obtener información y saber si la entidad financiera extranjera (por ejemplo, un banco peruano) tiene como cliente a un contribuyente norteamericano.

Este nuevo escenario pone de manifiesto la necesidad de considerar dentro de este proceso la situación de los derechos del contribuyente, de modo que estos no se vean afectados como consecuencia del intercambio de información, por lo que resulta importante identificar si existen o no límites en cuanto al tipo de información que se puede trasladar, para que así, el derecho a la intimidad, a la protección de datos, al secreto comercial, entre otros, no se vean afectados.

2. Antecedentes de los acuerdos de intercambio de información tributaria (AIIT)

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha sido uno de los pilares fundamentales en el proceso de facilitación del intercambio de información entre las autoridades tributarias, a través de la elaboración de informes, estudios y propuestas de modelos de convenio. Ya desde el año 1988 la OCDE junto con el Consejo de Europa elaboraron un "Convenio sobre Asistencia Mutua en Materia Tributaria", que si bien no fue en su oportunidad suscrito por todos los miembros, influyó de manera positiva en el desarrollo de la cooperación administrativa tributaria en la lucha conjunta contra los paraísos fiscales y el blanqueo de capitales producto del terrorismo, narcotráfico y corrupción.

Esta influencia se encuentra plasmada en las modificaciones introducidas en el Modelo de Convenio OCDE para evitar la doble imposición, cuya cláusula 26 prevé de manera expresa el intercambio de información tributaria, así como en la elaboración del "Modelo de Acuerdo sobre

intercambio de información en materia tributaria” y sus comentarios del 18 de abril de 2002, y en el “Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios”.

Respecto al modelo de “Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria de 2002”, es importante mencionar que este se constituyó además como un mecanismo destinado a atacar directamente la falta de transparencia en aquellos países con regímenes fiscales perjudiciales o paraísos fiscales. De hecho, según este documento, una de las directrices para considerar o no a un país como paraíso fiscal está en función a la falta de transparencia o la ausencia de intercambio de información, superando así el antiguo criterio en virtud del cual la condición de paraíso fiscal radicaba en la nula o baja imposición. De esta manera, surge una nueva categoría, la de los “paraísos fiscales no cooperantes” a los que les resultan aplicables las medidas anti paraíso establecidas por la OCDE; en contraposición a ello se estableció como condición para salir de la referida lista de paraísos fiscales no cooperativos, la suscripción de acuerdos de intercambio de información.¹

De otro lado, el Grupo de Expertos en Acuerdos Fiscales entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, también dedicó esfuerzos orientados a promover el intercambio de información con el ánimo de evitar el fraude fiscal y facilitar la comunicación entre las autoridades tributarias, que se hallan contenidos en el denominado Modelo de la ONU de 1980.

Sin embargo, no es hasta el año 2008, precedido de una serie de escándalos relacionados con paraísos fiscales europeos, cuando 17 miembros de la OCDE acordaron un nuevo estándar internacional de transparencia e intercambio de información tributaria, así como las medidas dirigidas a aquellos países que se negaban a aplicar estas normas. Posteriormente en el año 2009, con ocasión de la reunión del G-20², se incluyó dentro de la agenda de discusión el tema del intercambio de información tributaria entre los Estados, así como el levantamiento del secreto bancario, siendo relevante la declaración de los líderes del grupo del G-20, con Francia a la cabeza, en el sentido que la era del “secreto bancario había

terminado”, declaración que contempló además la lista de los países europeos que habían protegido del fisco los depósitos de titulares extranjeros.

Dentro del marco del Foro Global de la OCDE y el G-20, en el 2009, la OCDE efectuó una categorización de los países en función a su grado de cumplimiento del nuevo estándar internacional de transparencia e intercambio de información, creando a tal efecto tres listas: negra, gris y blanca, según hubiesen aumentado sustancialmente su grado de cumplimiento, lo hubiesen aceptado pero no lo hubiesen implementado todavía, o aún no lo hubiesen aceptado. Adicionalmente se implementaron las medidas sancionatorias contra los países no colaboradores en relación a un efectivo intercambio de información, “*como por ejemplo la imposición de restricciones a las transferencias de capital efectuadas desde y hacia los territorios incluidos en la lista negra, así como imponer aislamiento político y económico de aquellos países y territorios que no presten la debida cooperación en materia fiscal*.”³

El efecto inmediato de estas acciones dio lugar a la suscripción de acuerdos de intercambio de información tributaria por varios de los países que se encontraban dentro de la llamada lista negra. Es así que tal como señala el Relator General del Tema II “Intercambio de información y cooperación transfronteriza entre administraciones tributarias” del Congreso de IFA -2013 en Copenhague, hasta el año 2008 existían solo 44 acuerdos de intercambio de información; después del “big bang” ocurrido en el 2009⁴, los acuerdos se incrementaron a 700, básicamente porque en el marco de los criterios establecidos en el nuevo estándar, un país calificado como paraíso fiscal podía ser retirado de esa lista si suscribía acuerdos de intercambio de información tributaria con otros países.

De manera más reciente, con ocasión de la implementación de la Ley FACTA, se ha suscrito un modelo de Acuerdo Intergubernamental (IGA por sus siglas en inglés) entre los Estados y el IRS, que obligaría a las instituciones financieras extranjeras a cumplir con las obligaciones derivadas del FACTA, reportando a sus autoridades tributarias nacionales la información de las cuentas de residentes norteamericanos, información que luego será trasladada al gobierno americano. Este nuevo modelo viene influyendo en los países de la OCDE para llevar a cabo la implementación de

1 M.P. Merino Espinosa y F.J. Nocete Correa “El intercambio de Información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”. En Crónica Tributaria Número 139/2011, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p- 145

2 El G-20 es un foro de 19 países más la Unión Europea que promueve la discusión entre los países industrializados y los países emergentes sobre cuestiones relacionadas con la agenda económica y financiera internacional.

3 Rodríguez-Bereijo León, María. IN DRET, Revista para el Análisis del Derecho. www.indret.com, Barcelona, julio 1992. p.7.

4 Xavier Oberson, General Report, Congress IFA Copenhagen 2014 “Exchange of Information and cross – border cooperation between tax authorities”, Cahiers volume 98b.

este modelo de IGA, que permita un intercambio automático de información.

Es así que en febrero de 2014, la OCDE publicó el nuevo Modelo Global de Intercambio Automático, el mismo que permitirá a las autoridades tributarias del país de la residencia, verificar si sus contribuyentes han incluido correctamente las rentas obtenidas en el exterior. Este modelo prevé la suscripción de convenios entre autoridades competentes (CAA por sus siglas en inglés) que permitirán el intercambio de información aplicable a las cuentas mantenidas en entidades financieras, pero a diferencia del FACTA, este no prevé ningún tipo de retención sobre las cuentas bancarias.

3. Definición y naturaleza de los acuerdos de intercambio de información tributaria

El intercambio de información tributaria constituye una importante herramienta al servicio de las administraciones tributarias, mediante las cuales estas puedan lograr tanto objetivos vinculados con la recaudación como con la lucha contra el fraude y la evasión fiscal; sin embargo, también puede constituirse en una herramienta en beneficio de los contribuyentes, quienes *“podrán beneficiarse de todas aquellas ventajas fiscales existentes en países distintos al de su residencia, instando a éste a que le proporcione los datos necesarios para la aplicación de esas ventajas, adecuando el trato fiscal que reciba a sus circunstancias concretas”*⁵.

El intercambio de información, supone -como su nombre lo indica- el traslado de información de naturaleza tributaria que está en posesión de una administración tributaria, a la administración tributaria de un tercer país, ya sea de manera unilateral o recíproca. En cuanto a la forma en cómo se realiza este intercambio, cabe señalar que si bien es posible que este se realice de manera oficiosa, es decir, sin que medie ningún acuerdo entre los países o administraciones tributarias, esta modalidad presenta ciertas dificultades de orden jurídico que podrían poner en tela de juicio la validez de la información obtenida.

Por ello, la recomendación está orientada a contar con el instrumento jurídico pertinente, mediante acuerdos que permitan a los Estados acceder a la información de ciertos contribuyentes, que de otro modo no podrían ser obtenidas y cuya confirmación resulta necesaria para la correcta aplicación de las normas tributarias. Para que

este intercambio sea efectivo, deberá estar pues debidamente respaldado con un acuerdo que, según corresponda, podrá ser bilateral o multilateral.

A este efecto, la forma en cómo se venido materializando la voluntad de los Estados de institucionalizar la figura del intercambio de información tributaria es mediante la suscripción de dos tipos de acuerdo: por un lado, tenemos a los convenios para evitar la doble imposición (CDI) y, de otro lado, los acuerdos de intercambio de información; en el caso de estos últimos, se han visto a su vez dos tipos de acuerdos, aquellos suscritos directamente por los Estados y los suscritos por las autoridades administrativas de tributos de los países. En ambos casos, nos encontramos ante acuerdos que obligan a los Estados a intercambiar datos que tienen transcendencia tributaria para ambas partes o para una de ellas.

3.1 Los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI)

Los convenios para evitar la doble imposición son tratados internacionales sujetos a las normas del derecho internacional y, por ende, la interpretación de los mismos debe realizarse de conformidad con los principios establecidos en la Convención de Viena⁶. Estos convenios o tratados son instrumentos jurídicos que surgen como respuesta a la superposición de soberanías fiscales que tienden a gravar dos veces una misma renta; situación que afecta de manera sustancial los negocios internacionales, en la medida en que el doble costo tributario puede incidir en el éxito o no de una transacción internacional; bajo estas consideraciones, dichos acuerdos cuentan con disposiciones orientadas a evitar, como su nombre lo indica, los supuestos de doble imposición a las personas físicas o jurídicas y al mismo tiempo contempla medidas orientadas a prevenir el abuso y el fraude fiscal.

Para efectos de este último objetivo, es decir, la lucha contra la evasión y el fraude fiscal, los referidos convenios cuentan con una cláusula especial que regula el mecanismo de intercambio de información entre las administraciones tributarias. Por lo general, la gran mayoría de los Convenios de Doble Imposición se han celebrado siguiendo el Modelo de Convenio OCDE o el Modelo de la ONU, ambos modelos regulan en la cláusula 26° precisamente el mecanismo de intercambio de información, siendo más antiguo el modelo de la OCDE. Si bien originalmente, la cláusula de intercambio regulada en estos convenios tenía

5 Borrero Santiago, Margarita: “Los Acuerdos de Intercambio de Información en España” Revista del Instituto de Estudios Fiscales, volumen 15/2012 p. 7.

6 Esto es tener en cuenta el principio de la buena fe, de la primacía del texto y del objeto y fin del tratado.

como propósito servir a los fines del convenio, es decir, evitar que se produzcan situaciones de doble imposición⁷, progresivamente este objetivo se fue ampliando a efectos de incorporar la lucha contra la evasión y el fraude fiscal.

Esa es la razón por la cual este artículo ha sido objeto de varias revisiones con el ánimo de promover un estándar mínimo de cooperación y acceso efectivo a la información por parte de las autoridades tributarias. Es pertinente señalar que muchos países, aun cuando no son miembros de la OCDE, han suscrito convenios con países que sí son miembros de este foro, por lo que han seguido este modelo de convenio.

A nivel regional, conviene señalar la existencia del Modelo de Convenio suscrito en el marco de la Comunidad Andina, anteriormente denominado Pacto Andino. Su antecedente se remonta a la Decisión 40 que aprobó el “Convenio para evitar la doble tributación entre los países miembros y del Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la subregión”, cuyo artículo 20, de manera expresa establece que las autoridades competentes de los Estados “celebrarán consultas e intercambiarán la información necesaria para resolver de mutuo acuerdo, cualquier dificultad o duda que se pueda originar en la aplicación del presente convenio y para establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión”. Posteriormente, la Decisión 40 fue sustituida por la Decisión 576, cuyo artículo 19 contempla una disposición similar al artículo 20 de la Decisión 40.

A nivel mundial, la forma más frecuente de respaldo jurídico del intercambio de información se ha dado a través de los acuerdos para evitar la

doble imposición, bajo cualquiera de los modelos anteriormente citados.

3.2 Los acuerdos de intercambio de información tributaria

Los acuerdos de intercambio de información tributaria responden a lo que en Derecho Internacional se conoce como “acuerdos en forma simplificada” o “*executive agreements*”, a que se refieren los artículos 12° y 13° de la Convención de Viena⁸. Estos acuerdos surgen frente a la necesidad de ejecutar un tratado ya ratificado, por lo que ya no es necesario efectuar un proceso de ratificación como ocurre, por ejemplo, con un tratado o convenio, los cuales están sujetos para su validez a la aprobación del Congreso de los países miembros; ello se debe a que este tipo de acuerdos “*tienen por finalidad regular o detallar atribuciones o facultades de la administración ya consagradas en la ley o en un convenio o tratado vigente.*”⁹ Así pues, establecen el alcance de los impuestos comprendidos, los sujetos sobre los cuales puede efectuarse el intercambio, las formas de intercambio, los procedimientos de intercambio, etc. Esto implica que dichos acuerdos, de orden administrativo, generalmente son suscritos por las propias administraciones tributarias de los países miembros, lo que no impide que resulten exigibles para las partes contratantes.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe mencionar que existen algunos acuerdos específicos de intercambio de información que se han suscrito bajo la modalidad de tratado internacional sujeto a ratificación, como aquel suscrito entre el gobierno del Perú y de los Estados Unidos, el cual ha seguido el “Modelo de Tratado sobre Intercambio de Información Tributaria” de los Estados Unidos de Norteamérica, utilizado por este país en la mayoría de los acuerdos de este tipo que ha suscrito.

7 La primera versión del modelo de convenio de la OCDE del año 1963, consagró el intercambio de información, para que las autoridades tributarias de los estados contratantes intercambiara la información que resultara necesaria para la aplicación de las normas del convenio o de las leyes internas de los estados relativos a los impuestos que formaban parte del convenio. Las modificaciones introducidas en las revisiones posteriores, precisaron la posibilidad de intercambiar información sobre personas no residentes en los estados contratantes, así como ampliar el intercambio a toda clase de impuestos, aún cuando esta información no sea relevante para el país requerido y incluyendo en las versiones más recientes la no oposición del secreto bancario como impedimento para acceder al intercambio de información, se prevé también que la información trasladada sea accesible a otras entidades que supervisan a la administración tributaria.

8 **Artículo 12° de la Convención de Viena: Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma.**

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. Para los efectos del párrafo 1:

a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;
b) la firma “ad referendum” de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

Artículo 13 de la Convención de Viena. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado.

El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o
b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

9 Pitta, Claudio. “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional”. Banco Interamericano de Desarrollo, enero de 2007 p. 25.

4. Contenido del intercambio y sujetos comprendidos

Como quiera que el objeto de los acuerdos de intercambio de información está relacionado con la información de naturaleza tributaria, resulta conveniente que este intercambio sea lo más amplio posible, es decir, incluya tanto a los impuestos directos como indirectos. Aquí se puede notar algunas diferencias con las cláusulas de intercambio de información previstos en los CDI, donde por lo general la obligación de intercambio está relacionada con los tributos comprendidos dentro del convenio, como es el caso de los impuestos directos; mientras tanto, los acuerdos de intercambio que siguen el “Modelo de Convenio sobre Acuerdos de Intercambio de Información en Materia Tributaria” de la OCDE, prevén que el intercambio se aplique tanto a los impuestos directos e indirectos, e incluso aquellos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la suscripción del convenio.

Esta amplitud guarda concordancia con lo previsto en el artículo 1° del referido Modelo de Convenio de Intercambio, cuando refiere que la información objeto de intercambio es aquella que *“previsiblemente resulte de interés para la administración y la aplicación de su derecho interno (...)”*, agrega además que dicha información comprenderá aquella que resulte necesaria o de interés *“para la determinación, liquidación y recaudación de dichos impuestos, el cobro y ejecución de reclamaciones, o la investigación o enjuiciamiento de casos en materia tributaria.”*

Es importante referirnos al sentido que le corresponde al término que califica a la información como “previsiblemente de interés” o “presumiblemente relevante”; al respecto, los Comentarios del artículo 1° del texto del Modelo de CDI precisa que *“el criterio de interés previsible tiene como finalidad establecer un intercambio de información tributaria tan amplio como sea posible y, al mismo tiempo, aclarar que las Partes contratantes no tienen libertad para realizar entrevistas preliminares en busca de pruebas comprometedoras ni para solicitar información que tenga pocas probabilidades de resultar significativa con respecto a la situación fiscal de un determinado contribuyente”*. De esta manera, se busca que la información a requerir sea amplia, pero evitando lo que se conoce como *“fishing expeditions”*, es decir, que los Estados busquen información que no sea relevante para los asuntos tributarios de un contribuyente.

Así mismo, las tendencias en materia de intercambio refieren que los Estados contratantes puedan dar trámite a solicitudes de información, aún cuando esta no sea necesaria para los propios fines fiscales del Estado requerido.

Respecto a los sujetos comprendidos, estos acuerdos no están limitados a solicitar información respecto de los residentes de los países contratantes, sino que la solicitud puede extenderse a aquellos sujetos no residentes, que bajo esta condición tienen obligaciones tributarias en el país que requiere la información. Las modificaciones posteriores contenidas en el artículo 26°, prevén incluso que las solicitudes puedan realizarse respecto a un grupo de contribuyentes, sin nombrarlos de manera individual, siempre y cuando no se trate de una solicitud que encubra una pesquisa aleatoria o *fishing expedition*.

5. Formas o modalidades de intercambio de información

Las autoridades tributarias podrán efectuar el intercambio de información según las formas que se hayan especificado en el acuerdo o convenio, las mismas que podrán consistir en: intercambio a solicitud o específico, intercambio automático e intercambio espontáneo.

5.1 Intercambio a solicitud o específico

Consiste en que un Estado formula una solicitud específica de información al otro Estado contratante, esta modalidad requiere que se identifique o defina quién es el sujeto respecto del cual se pide la información, qué información se solicita y cuál es el propósito que se busca. Se considera como *“un recurso suplementario”*¹⁰, en la medida que se recurrirá a esta modalidad, siempre que el Estado requirente haya agotado los mecanismos en su jurisdicción para acceder a la información.

A fin de cumplir con el requerimiento, la administración tributaria deberá realizar todas las acciones necesarias para poder obtener la información solicitada, de modo que esta no se limite a la revisión de sus propios archivos, sino que pueda llevar a cabo todas las medidas pertinentes para recabar la información, por ejemplo, efectuar fiscalizaciones, solicitar declaraciones de testigos, recabar información en posesión de terceros, como aquella en poder de los bancos (cumpliendo en todo caso los procedimientos internos que existan en cada país).

10 Pitta Claudio “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional”. Banco Interamericano de Desarrollo, enero de 2007 p. 27.

El Modelo de Convenio de Intercambio de la OCDE contempla las directrices que deben considerarse en los requerimientos de información específica, así como el procedimiento a aplicar. Sin embargo, a la luz de las experiencias obtenidas respecto de esta forma de intercambio, se tiene previsto en el marco del Foro Global sobre "Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales" modificar los términos de referencia actualmente vigentes, respecto a los siguientes temas: conservación de la información acerca de los beneficiarios efectivos, incorporación de la actualización de 2012 de la cláusula 26 del modelo de Convenio de la OCDE sobre la posibilidad de realizar solicitudes por grupos de contribuyente y requisitos de notificación una vez realizado el intercambio de información, entre otros.¹¹

5.2 Intercambio automático

Consiste en que las autoridades tributarias de los países contratantes acuerdan transmitirse de manera sistemática y periódica información sobre una o más categorías de rentas o datos, por ejemplo, aquella información relacionada con la posesión o transmisión de bienes inmuebles de personas domiciliadas en un Estado contratante que sean propietarias de dichos bienes en el otro Estado contratante, información sobre los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado a un residente de otro Estado; pago de intereses, cánones o regalías, ingresos por prestaciones de servicios, pensiones, dietas de directores, seguros de vida, etc.

La implementación de esta modalidad supera alguno de los inconvenientes que presenta la solicitud específica, la misma que suele generar costos a los Estados requirentes, en la medida que antes de formular la solicitud debe contar con la información suficiente que permita identificar al contribuyente investigado, por ejemplo, el domicilio, o los datos de los bancos donde se encuentran las cuentas investigadas, etc.

La tendencia actual está orientada a implementar esta modalidad de intercambio de manera amplia, probablemente como consecuencia de la implementación de la Ley de FACTA de los Estados Unidos, al punto que los países del G-5 han expresado el deseo de adoptar un estándar único basado en FACTA¹². Es así que recientemente, el Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, que reúne a 123 países, aprobó la adopción de la nueva norma sobre intercambio automático de información

(AEOI por sus siglas en inglés) elaborada por la OCDE; en dicha reunión 89 jurisdicciones se comprometieron a poner en práctica el intercambio automático y a que dicho intercambio se inicie en 2017 ó 2018, siempre que para esa fecha hayan cumplido con los procedimientos legislativos internos.

Este nuevo modelo de intercambio contiene dos secciones o componentes; la primera referida a un modelo de Acuerdo entre Autoridades Competentes (CAA por sus siglas en inglés) que deberá ser aplicado por los países que deseen implementar el nuevo estándar global de intercambio automático de información; el segundo componente está referido al Estándar Común de Información (CRS por sus siglas en inglés) que contempla los estándares de reporte y debida diligencia que deberán aplicarse para efectos del intercambio automático de información de cuentas en entidades financieras.

Se dice que con este nuevo estándar ha concluido la época del secreto bancario, en la medida que se exhorta a las jurisdicciones a obtener información sobre sus instituciones financieras e intercambiar dicha información automáticamente de forma anual, la misma que comprende la identificación de los contribuyentes y de los distintos tipos de cuentas que estos posean. Qué duda cabe entonces que a nivel mundial se aprecia un interés genuino por adoptar este nuevo estándar en materia de intercambio que contribuirá de manera efectiva en la lucha contra la evasión fiscal.

5.3 Intercambio espontáneo

Bajo esta modalidad, los Estados a través de sus administraciones tributarias se transmiten información de manera espontánea, que consideren que pueda ser relevante para el otro Estado contratante.

6. Modalidades de cooperación para efectos del intercambio de información

Con el fin de conseguir la información requerida y actuar de manera más eficaz contra el fraude y la evasión, las administraciones tributarias pueden hacer uso de las siguientes herramientas: 1) fiscalizaciones simultáneas y 2) auditorías conjuntas.

6.1 Fiscalizaciones simultáneas

Esta es una figura que resulta de suma importancia dentro de los procesos de asistencia mutua entre

11 Declaración de Resultados del Foro Global sobre Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, Berlín, Alemania, 28 y 29 de octubre de 2014.

12 Pecho Trigueros, Miguel "El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional" en Revista Derecho PUCP, N° 72, p. 41, Lima 2014.

las administraciones tributarias. Básicamente consiste en que las administraciones tributarias acuerdan llevar, cada una en su territorio, fiscalizaciones a determinados contribuyentes o grupos de contribuyentes que presenten un interés común para las administraciones tributarias de los Estados contratantes, a fin de intercambiar la información relevante que pudieran obtener.

La utilidad de este tipo de herramienta se evidencia sobre todo en los casos vinculados con el análisis de precios de transferencia y de operaciones con paraísos fiscales.

6.2 Auditorias conjuntas

Esta modalidad implica la fiscalización en el extranjero, mediante el traslado de un representante o representantes de la autoridad tributaria que hace la solicitud de información hacia el país donde se encuentra la información requerida.

Qué duda cabe que esta modalidad de auditoría implica un alto grado de cooperación mutua entre administraciones tributarias, en la medida que puede permitir que los funcionarios extranjeros tengan contacto con el contribuyente en el territorio del otro Estado, ya sea para interrogarlo, examinar sus libros, registros contables o documentación que pueda ser relevante para los fines de la investigación. Es posible también, según acuerden las partes y de acuerdo a los límites que establezcan las legislaciones nacionales de los Estados contratantes, que la auditoría sea conducida por los funcionarios del Estado requerido, acompañados de los funcionarios extranjeros sólo para participar como observadores.

Como bien señala el relator general del Tema II del Congreso Mundial de IFA en Copenhague 2013¹³, referido precisamente al intercambio de información y cooperación transfronteriza entre administraciones tributarias, este mecanismo implica la conformación de un equipo internacional que lleva a cabo una auditoría para revisar un aspecto de una transacción de un contribuyente o varios contribuyentes con actividades empresariales ubicadas en los países en cuestión.

En la práctica este tipo de auditoría no ha sido muy utilizada en los acuerdos de intercambio de información, precisamente debido al alto

grado de cooperación que se requiere entre las partes y sobre todo a los problemas que su implementación puede originar en los países en relación a su legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los temas vinculados a la reserva tributaria y el hecho que la información calificada como reservada pueda ser revisada por un tercero que no forma parte de la administración tributaria local. Esta modalidad, según fue reportada en el Congreso Mundial de IFA en Copenhague 2013, fue utilizada por Finlandia en cinco auditorías y dentro de un proyecto piloto entre Estados Unidos y Australia para la ejecución de dos auditorías.

7. De los límites establecidos en el intercambio de información. El secreto bancario y los derechos del contribuyente

En principio, el intercambio de información, para que sea efectivo, debe estar libre de obstáculos jurídicos y prácticos¹⁴ que pudieran, cuando menos, retrasar la entrega de la información solicitada; por lo que resulta necesario que las partes contratantes definan de manera previa aquellos aspectos operativos que incidan de manera negativa con el mecanismo de intercambio.

Sin embargo, de manera excepcional se prevén algunos límites, como aquellos a que se refieren los apartados 3 a 5 del artículo 26 del Modelo de CDI de la OCDE y el artículo 7 del Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información; así, de encuadrarse la solicitud en alguno de estos supuestos, la administración tributaria del país requerido podrá negarse a proporcionar la información. Dentro de las causales que se puede alegar para no proceder con la entrega de información, podemos citar los requerimientos que impliquen lo siguiente:

- Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa.
- Suministrar información que no pudiera obtener en virtud de su propia legislación o en aplicación de su legislación tributaria.
- Suministrar información que revele secretos comerciales, empresariales, industriales o profesionales o un proceso industrial.
- Suministrar información que pudiera revelar comunicaciones confidenciales entre cliente y abogado u otro representante legal.

13 Véase Xavier Oberson, General Report, Congress IFA Copenhagen 2014 "Exchange of Information and cross – border cooperation between tax authorities", Cahiers volume 98b.

14 Por ejemplo, en el caso de los obstáculos prácticos podemos mencionar los casos de idioma, formato de envío de información, canales de transmisión etc.

- Suministrar información contraria al orden público o que implique un trato discriminatorio entre los nacionales de la parte requerida y los nacionales de la parte requirente.

Si bien pueden presentarse motivos válidos para oponerse a un requerimiento a efectos de no proporcionar la información solicitada, existe un tema sensible respecto del cual podrían surgir algunas discrepancias; nos referimos al caso del secreto bancario, cuya referencia se halla contenida en el apartado 5 del artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE. Este apartado refiere que no se podrá sustentar una denegatoria de información alegando que esta se encuentra en poder de bancos u otras instituciones financieras, agentes fiduciarios, así como información respecto a la participación en la titularidad de una persona.

Este dispositivo guarda concordancia con la tendencia que se sigue a nivel mundial y con lo previsto también en el artículo 5º, numeral 4, inciso a), del Modelo de Convenio sobre Intercambio de Información de la OCDE, que expresamente refiere que las autoridades competentes de las partes contratantes están facultadas a obtener y proporcionar, previo requerimiento, la información que obre en poder de los bancos y otras instituciones financieras y de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados y fiduciarios.

Según tales disposiciones, el secretario bancario no puede ser alegado para justificar una declinación de suministro de información, pues si no es posible acceder a la información de manera directa, se podrá acceder a ella de forma indirecta; por ejemplo, en el caso de Perú, solicitando el levantamiento de la reserva a un juez. Las experiencias recientes nos demuestran que países con marcada tradición en el tema del secreto bancario, tales como Luxemburgo y Suiza, han aprobado sin reserva el texto modificado del artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE. Más aún, la aprobación del nuevo estándar de intercambio automático de información supone el fin del secreto bancario, cuya vigencia se limita actualmente a un grupo reducido de países, dentro de los que se encuentra el Perú.

De otro lado, los derechos de los contribuyentes frente a los acuerdos de intercambio de información, referidos fundamentalmente al “derecho de participación” en el proceso de intercambio, constituye un tema relevante que debe ser abordado de modo tal que exista un equilibrio entre el interés fiscal y los derechos inherentes a la persona, para que a su vez, la entrega de la información no suponga una violación de los derechos a la intimidad o implique la entrega de datos sensibles (por

ejemplo, aquellos que califiquen como un secreto comercial o empresarial). Asimismo, debe evitarse que esta participación del contribuyente implique un obstáculo al intercambio efectivo y que sea utilizado para amparar conductas ilegales.

En este orden, se advierte en los acuerdos de intercambio una tendencia orientada a que los contribuyentes puedan someter a control jurisdiccional la legalidad de la actuación de la administración tributaria, a fin de verificar, por ejemplo, que las solicitudes de intercambio específico cumplan con las condiciones o presupuestos que se exigen para que esta opere; o, en el caso de los intercambios espontáneos o automáticos, verificar que no se haya enviado información errónea o aquella calificada como sensible. En ese sentido, se recomienda establecer los mecanismos de protección de la información específicamente en relación al uso de la misma y la definición de las personas o entidades que pueden tener acceso a ella, así como el tratamiento de valoración que se aplica a la información obtenida por medios ilegales.

8. El Perú frente a los acuerdos de intercambio de información para fines tributarios

Durante las dos últimas décadas, el Perú ha crecido de manera sostenida como consecuencia de la política de promoción de inversiones, que incluyó medidas tales como la libre remisión de capitales y utilidades al exterior, la eliminación de controles a las operaciones cambiarias, la aplicación de los principios de trato nacional entre inversiones locales y extranjeras, la suscripción de convenios de estabilidad jurídica, entre otros. Factores como estos permitieron el incremento de la inversión extranjera directa y, por tanto, de las operaciones transfronterizas.

No obstante el desarrollo de la inversión extranjera en el Perú, la red de convenios para evitar la doble imposición (CDI) así como la red de convenios entre administraciones tributarias para el intercambio de información, no se ha desarrollado en la misma proporción, contrariamente a lo sucedido con los acuerdos de intercambio de información en temas aduaneros. De hecho, la comparación con otros países de la región nos ubica casi en los últimos lugares, si consideramos que México tiene alrededor de 50 convenios, Brasil 31, Chile 25, Uruguay 16, Colombia 15, Ecuador 13, Argentina 19, mientras que Perú a la fecha tiene 8 acuerdos.

Qué duda cabe que la relación entre CDI e inversión extranjera directa, guarda una relación muy estrecha, en la medida que mientras mayor sea el número de convenios, la inversión extranjera seguirá la misma suerte. Así se evidencia en el

ranking sobre flujo de inversión en Latinoamérica, elaborado por PROINVERSION, donde Brasil ocupa el primer lugar (35%), seguido de México (21%), luego Chile (11%), Colombia (9%) y Perú (6%).

8.1 Base legal que sustenta los acuerdos de intercambio de información

Las fuentes de intercambio de información en el caso de Perú no se limitan a los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI), sino que también existen acuerdos suscritos entre las administraciones tributarias. No obstante, en ambos casos -como se ha señalado anteriormente- el desarrollo de estos instrumentos es aún incipiente.

A manera de referencia, cabe mencionar que Perú suscribió en el año 1966, un CDI con Suecia, el mismo que durante aproximadamente 30 años fue el único en su tipo, hasta que fue denunciado por Suecia el 01 de enero de 2006, siendo a la fecha objeto de una nueva negociación. En el año 2001, se evaluó la conveniencia de suscribir este tipo de convenios, de modo que se inició el proceso de negociación con Chile y Canadá, proceso que concluyó con la entrada en vigencia de los CDI con los referidos países en el año 2004. Luego de muchos años, recién en el 2010 entró en vigencia el CDI suscrito con Brasil y de manera más reciente los acuerdos suscritos con Suiza, México, Corea y Portugal, cuya entrada en vigor en forma plena está prevista para el 01 de enero de 2015. De otro lado, en el marco de la Comunidad Andina, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, se encuentra vigente la Decisión 578, que aprueba las normas para evitar la doble imposición entre los países de la Comunidad Andina. Actualmente se vienen negociando acuerdos con Reino Unido, Francia, Qatar, Italia, Holanda, Singapur, Tailandia, Emiratos Árabes y Kuwait; respecto al convenio suscrito con España, este se viene renegociando.

La situación no resulta más alentadora en materia de Acuerdos entre administraciones tributarias relativas al intercambio de información, ya que únicamente se cuenta con el acuerdo suscrito con Estados Unidos en 1992, otro con la República de Argentina en el año 2004 y finalmente un tercero con la República de Ecuador en el 2009.

8.1.1 Convenios para evitar la doble imposición - Acuerdos Bilaterales

Los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI) suscritos por el Perú contemplan la cláusula de intercambio de información, en mérito a la cual los Estados contratantes están facultados a intercambiar la información necesaria para la aplicación de lo dispuesto en el propio CDI o en el derecho interno de las partes contratantes.

Tratándose de los CDI bilaterales, debe precisarse que Perú no es miembro de la OECD, como tampoco lo eran Chile y Brasil en la época de la negociación, a diferencia de los otros países con los que suscribimos los acuerdos. En cuanto al lineamiento que han seguido estos convenios, puede advertirse similitudes entre los acuerdos suscritos, los mismos que se basan en el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante modelo "MCOCDE OECD", aunque evidentemente presentan algunas variaciones.

Así por ejemplo, todos contemplan la inclusión de la cláusula 26° del modelo "MCOCDE" sobre intercambio de información; sin embargo, la remisión expresa al numeral 5 de la cláusula 26 del MCOCDE, referida a que el secreto bancario o fiscal no puede constituir un obstáculo al intercambio de información, no está contenida en los convenios suscritos con Chile y Canadá, esta razón obedece a que estos CDI son anteriores al Modelo de la OCDE de 2005, que fue el que incluyó el numeral 5 referido al secreto bancario, cosa que sí ocurre en el caso del CDI suscrito con Suiza, México, Corea y Portugal.

Respecto al convenio suscrito con Brasil, si bien en términos generales está basado en el modelo MCOCDE, puede advertirse una mayor tendencia a la imposición de fuente, así como algunas otras diferencias, como ocurre con el tema del intercambio de información, el mismo que figura en el artículo 25° y no en el 26° como sucede con los otros CDI. Ahora bien, sobre la inclusión del numeral 5 de la cláusula 26 del MCOCDE, este CDI sí contiene una disposición similar a la prevista en dicho numeral, aunque con ciertas limitaciones. En efecto, este convenio prevé que las autoridades competentes de los Estados podrán obtener y proveer información que posean las entidades financieras, mandatarios o personas que actúan como representantes, agentes o fiduciarios, siempre que se observen los límites constitucionales y legales así como la reciprocidad de tratamiento. Como se verá más adelante, la constitución de Perú contempla el secreto bancario, razón por la cual, para efectos de acceder a esta información, se requerirá cumplir con los procedimientos previos que establecen las leyes internas.

Cabe anotar también que, a diferencia de los otros CDI, el convenio suscrito con Brasil es el único que tiene la referencia expresa a la fiscalización simultánea de impuestos. Además, en relación a la inclusión de la cláusula 27° del Modelo MCOCDE, referido a la asistencia en la recaudación de impuestos, debe indicarse que los CDI suscritos por Perú no contemplan esta cláusula.

8.1.2 Convenios para evitar la doble imposición - Acuerdos Multilaterales

En el marco de este tipo de convenios, el Perú como miembro de la Comunidad Andina (CAN) aplica la Decisión 578, por la que se aprueba el Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal, disposición que tiene el carácter de supranacional. La citada Decisión, en su artículo 19 referido a "Consultas e Información", contiene las bases para que las autoridades tributarias de los países miembros puedan celebrar consultas entre sí e intercambiar la información necesaria para resolver de mutuo acuerdo las dificultades que se pudieran surgir como consecuencia de la aplicación de esta Decisión, así como para establecer los controles necesarios a efectos de evitar el fraude y la evasión fiscal.

Respecto a los límites establecidos para efectos del intercambio, esta norma contempla los derechos del Estado requerido, en el sentido que éste no está obligado a sobrepasar los límites impuestos por su propia legislación o práctica administrativa, como tampoco está obligado a obtener información que no pueda obtener sobre la base de su propia legislación o prácticas administrativas y finalmente se contempla la reserva en temas vinculados con la reserva comercial, industrial, secreto profesional u otras similares.

No existe en esta norma una alusión a lo referido en el numeral 5 de la cláusula 26° del Modelo MCOCDE, según el cual el secreto bancario no puede constituir un obstáculo para el intercambio de información, es decir que se invoque este concepto para impedir el intercambio de la información en poder de bancos, instituciones financieras, agentes fiduciarios así como la información sobre la participación en la titularidad de una persona.

La norma comunitaria prevé también la realización de auditorías simultáneas y la utilización de la información obtenida para fines de control tributario, siempre y cuando esta sea utilizada exclusivamente por las autoridades fiscales de los Estados miembros.

En cuanto a la asistencia en los procesos de recaudación, la norma andina si la contempla en su artículo 21°. Al respecto, cabe mencionar que en el marco del régimen comunitario andino, la asistencia en la recaudación, es de alcance amplio pues permite que los países se presten asistencia en la recaudación de los impuestos, que sean adeudados por un contribuyente, siempre que los bienes del deudor tributario ubicado en el Estado acreedor, no fueran suficientes para cubrir el monto de la obligación adeudada.

8.1.3 Acuerdos administrativos bilaterales de intercambio de información tributaria

El primero de los convenios de intercambio de información tributaria suscrito por Perú fue con los Estados Unidos de Norteamérica, el 15 de febrero de 1990, y vigente a partir del 14 de agosto de 1992; dicho convenio fue suscrito bajo el "Modelo de Tratado sobre Intercambio de Información Tributaria" de los Estados Unidos de Norteamérica. Es preciso mencionar que a diferencia de otros tratados de intercambio de información, este no fue suscrito por las administraciones tributarias de los países, sino que es un Tratado Internacional suscrito por los representantes de los gobiernos de ambos Estados, por lo que para efectos de su incorporación en la legislación nacional fue objeto de aprobación mediante una ley interna, en este caso el Decreto Legislativo No. 25665.

Posteriormente, en el año 2004, se suscribió el Acuerdo de Cooperación Técnica e Intercambio de Información Tributaria y Aduanera con la República de Argentina, vigente a partir del 8 de octubre de ese mismo año, el mismo que sigue el modelo del CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias). Conviene mencionar que este acuerdo, fue suscrito por las propias administraciones tributarias por lo que no requirió aprobación por parte del Congreso de la República.

Mención especial merece el caso de la Adenda al Convenio de Cooperación entre administraciones tributarias celebrado entre Perú y Ecuador del 22 de octubre de 2009, el mismo que contiene disposiciones sobre intercambio de información más amplias que las contenidas en la Decisión 578, regulando a este efecto las formas de intercambio, así como el procedimiento y sus plazos.

En términos generales, se observa que los acuerdos de este tipo, a diferencia de las cláusulas de intercambio contenidas en los CDI, son mucho más amplios, no sólo en relación al alcance de los tributos materia de intercambio, sino también sobre las formas permitidas de establecer el intercambio y en la regulación del procedimiento de intercambio a solicitud, incluidos los plazos de respuesta y la conducción de las fiscalizaciones simultáneas. En materia de secreto bancario, el convenio suscrito con Estados Unidos resulta más amplio, pues establecía desde ese entonces que las disposiciones de este tipo no impiden las facultades del Estado para obtener la información que le hubiere sido requerida por el otro Estado, las mismas que deberán formularse observando los procedimientos internos para efectos de levantar este secreto.

8.2 Sobre la protección de la información obtenida

La seguridad de la información que es objeto de intercambio goza de las garantías necesarias, en la medida que están dotadas de la protección bajo el principio de reserva tributaria, regulada en el artículo 85° del Código Tributario, en concordancia con la garantía constitucional de reserva tributaria prevista en la Constitución Política del Perú de 1993. Esta norma establece la obligación de mantener la reserva de parte de la Administración Tributaria y de quienes accedan a la información materia de dicha reserva, respecto de determinada información que le es procurada a la SUNAT o es obtenida por ella, la misma que sólo podrá ser utilizada por ésta para los fines que le son propios. Esta información está referida a “la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando están contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros...”. Empero, la reserva tributaria establecida en esta norma no puede ser amparada para denegar una solicitud de intercambio, en la medida que el referido dispositivo excluye del campo de la reserva a aquella información que le sea solicitada a SUNAT por otra autoridad tributaria, siempre que el requerimiento esté sustentado en un acuerdo de intercambio de información.

En cuanto a la reserva bancaria, existe una consagración de este derecho tanto a nivel legal como constitucional, según se desprende de lo previsto en el artículo 2°, inciso 5°, de la Constitución Política del Perú de 1993, donde además se establece que el secreto bancario, como el tributario, sólo pueden levantarse a pedido de un juez o tribunal, del fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso.

Por su parte, el artículo 143, numeral 2, de la Ley No. 26702, establece que no rige el secreto bancario cuando la información sea requerida por:

- Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado.
- El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos que administren o hayan administrado recursos del Estado.
- El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se haya celebrado convenios para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el de terrorismo, o en general cuando se sospeche de lavado de dinero o activos.

- El presidente de una Comisión investigadora del Congreso.
- El Superintendente de Banca y Seguros, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

Por su parte, el Código Tributario, en su artículo 62, numeral 10 a), regula las disposiciones aplicables a las operaciones pasivas (protegidas por el secreto bancario) de contribuyentes que son objeto de fiscalización por parte de la SUNAT. Al respecto, la norma señala que esta información sólo puede ser entregada a SUNAT si ésta es requerida al Juez a través de una solicitud motivada, agregando además que estos pedidos de levantamiento del secreto bancario se mantienen en reserva.

8.3 Evaluación de los requerimientos de información formulados o recibidos

Debido a que la red de convenios suscritos por Perú es pequeña, no son muchas las solicitudes de información que se reciben o que se formulan a otras administraciones tributarias, siendo la mayoría de las solicitudes aquellas que provienen de Estados Unidos y Chile, probablemente debido al hecho que las relaciones comerciales con estos países es intensa, en especial en el caso de Chile, país con el cual las relaciones comerciales se han incrementado de manera significativa en los últimos años.

9. Implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA en Perú

Como parte de la “Ley de Incentivos de Contratación para Restaurar el Empleo”, el 18 de marzo de 2010 fue aprobada la “Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras”, o Ley FACTA por sus siglas en inglés, que crea un nuevo sistema de retenciones al añadir un Capítulo Cuarto al Internal Revenue Code – IRC, aplicable a las entidades financieras extranjeras o “Foreign Financial Institutions – FFI’s” y a ciertas entidades extranjeras no financieras o “Non Financial Foreign Entities – NFFE’s”, con el propósito de luchar contra la evasión fiscal de aquellos contribuyentes que tienen inversiones fuera de los Estados Unidos.

Según esta Ley, las FFI’s, deben suscribir convenios con el Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos – IRS, por los cuales se comprometen a realizar ciertos procedimientos que le permitirán al gobierno americano obtener información y saber si esa entidad tiene como cliente a un contribuyente americano. En el marco de estos convenios, las FFI’s deberán realizar lo siguiente:

- Revisar todas sus cuentas para determinar cuáles califican como “estadounidenses”.

- Luego de identificarlas, deberá enviar un reporte anual al IRS acerca del movimiento de dichas cuentas.
- Atender cualquier otro requerimiento de información que pudiere efectuar el IRS.
- Retener los impuestos por pagos a agentes que no cumplan con la FACTA en los casos en los que se aplique, según señala la norma:
 - a. Retención del 30% sobre cualquier pago (sin importar si existe o no ganancia) de fuente de los EUA que se haga a una FFS que no tenga un convenio con el IRS (Un convenio FATCA).
 - b. Retención del 30% sobre pagos (sin importar si existe o no ganancia) de fuente de los EUA a ciertas entidades extranjeras si no certifican la identidad de sus dueños beneficiarios últimos (beneficial owners).
 - c. Retención del 30% a montos pagados a un extranjero bajo contratos que tienen como activos subyacentes acciones de corporaciones de los EUA.

En efecto, según especifica la FACTA, las entidades financieras que no suscriban el acuerdo con el IRS, estarán sujetas a la retención del 30% de todos los pagos que reciban de fuente americana, ya sea que el beneficiario sea la propia entidad financiera que no ha suscrito el convenio o sus clientes. En este caso, la retención será efectuada por la entidad financiera, que habiendo suscrito el acuerdo, esté canalizando el pago hacia la entidad no cubierta por un convenio FATCA. Ahora bien, para efectos de facilitar la adopción de este mecanismo, la referida Ley ha previsto la suscripción de dos tipos de acuerdos: 1) acuerdos directos suscritos entre el IRS y las entidades financieras y 2) acuerdos intergubernamentales (IGA por sus siglas en inglés) que son suscritos con los Estados, y permiten que las entidades financieras de un país puedan cumplir con los requerimientos de FACTA, esto es, recolectar y proporcionar al IRS la información respecto a los contribuyentes estadounidenses titulares de las cuentas.

Tratándose de los IGA, debe precisarse que se han elaborado 4 modelos:

- Modelo 1. Por medio del cual las entidades financieras envían la información requerida a la autoridad tributaria de su respectivo país y

ésta a su vez la transmite al IRS. Se trata de un modelo disponible para países de la OCDE.

- Modelo 1A. Llamado también "FATCA Light". Es igual al Modelo 1, salvo que la reciprocidad por parte del IRS está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos de seguridad en el manejo de la información por parte de la autoridad tributaria del otro país.
- Modelo 2. Mediante el cual se autoriza a las entidades financieras a enviar directamente la información al IRS, sin necesidad de pasar por las autoridades tributarias locales.
- Modelo 2A. La diferencia entre los modelos 2 y el 2A son análogas a las que hay entre el 1 y el 1A.

Estos acuerdos pueden implicar reciprocidad o no; en caso se pacte reciprocidad, surge la obligación del IRS de recaudar la información de los contribuyentes de cada país en las instituciones financieras de Estados Unidos y luego enviarla a la autoridad tributaria del país de cada contribuyente.

Con la implementación de los IGA, se resuelve el problema de conflicto de legislaciones que surge debido a la exigencia impuesta a las FFI's locales de proporcionar su reporte FACTA a las autoridades nacionales en lugar del IRS. De esta manera, con el sustento de un IGA, no se estaría violando las leyes internas respecto a la protección de datos cuando se proceda al traslado de la información.

No cabe duda que la implementación de esta disposición constituye una gran revolución tanto en el derecho tributario como en el derecho internacional¹⁵, en la medida que contempla un modelo de convenios privados entre la administración tributaria norteamericana y las entidades financieras extranjeras, respecto a temas que tradicionalmente estaban regulados por tratados internacionales. Sin duda, el avance en la implementación de la Ley FACTA ha sido significativo, pues a la fecha existen 80 países que ya han suscrito un IGA, dentro de los que se encuentran por ejemplo: México, Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, España, Suiza, Japón, Dinamarca, Costa Rica, Chile, Luxemburgo, Austria, Qatar, Sudáfrica, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, etc.

Respecto a la implementación de la Ley FACTA en el Perú, producto de la extraterritorialidad de los efectos de la citada ley, se evidencia una posible colisión con lo dispuesto en la legislación nacional en relación al secreto bancario y a la reserva bursátil¹⁶. Así por ejemplo, tal como está regulado

15 "Conversatorio sobre Fiscalidad del Siglo XXI" Manuel Tron – Jacques Malherbe, en el 6° encuentro Regional Latinoamericano – IFA 2014. Santa Cruz de la Sierra - Bolivia, mayo 2014.

16 La Constitución Política de 1993, establece en el artículo 2°, inciso 5 que el levantamiento del Secreto Bancario solo procede a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con la finalidad de investigar un delito o indicio de

el sistema, será imposible que una entidad financiera peruana pueda realizar una retención del 30% sobre los pagos provenientes de USA, ya que la ley peruana le prohíbe retener fondos de las cuentas de un cliente, sin el consentimiento de este, salvo que exista un mandato legal o judicial.

Sin embargo, tal como hemos referido la tendencia está orientada hacia el intercambio automático de información, adoptando el modelo FACTA, por lo que resulta inevitable la implementación de la citada ley en el Perú; prueba de ello es la reciente suscripción en mayo de 2014 de un IGA por parte de Perú, bajo el Modelo 1. De esta manera, las entidades financieras locales han procedido a su inscripción en el Registro del IRS como entidad financiera extranjera.

Consideramos que el principal efecto de esta medida estará vinculado con los sobrecostos en que incurrirán las entidades financieras en las operaciones que estas realicen con Estados Unidos, como consecuencia de las medidas de control que deberán establecer.

10. Conclusiones

1. Actualmente existe una tendencia mundial de cooperación entre las administraciones tributarias, que se hace efectiva a través de los acuerdos de intercambio de información, los mismos que se han hecho efectivos a través de acuerdos administrativos suscritos entre las administraciones tributarias o a través de la aplicación de la cláusula de intercambio prevista en los convenios para evitar la doble imposición.
2. El intercambio de información constituye un instrumento importante al servicio de las administraciones tributarias que, en su forma tradicional, ha sido utilizado con dos propósitos: facilitar la aplicación de la legislación tributaria para lograr así una mejor recaudación y luchar contra el fraude y la evasión fiscal. De manera reciente, se viene planteando un tercer objetivo relacionado con la posibilidad de que sea utilizado en beneficio de los contribuyentes, quienes podrán beneficiarse de la existencia de estos acuerdos para solicitar -por ejemplo- la información necesaria para la aplicación de las ventajas fiscales que existen en países distintos al de la residencia del contribuyente.
3. Si bien el intercambio de información contempla tres formas (intercambio específico, intercambio automático y espontáneo), se advierte el compromiso de los países de implementar como estándar el intercambio automático, en la medida que genera mayores ventajas en la lucha contra la evasión y el fraude fiscal, prueba de ello son los acuerdos del tipo IGA adoptados en el marco de la Ley FACTA y la aprobación del nuevo estándar de intercambio automático de información desarrollado por la OCDE y aprobado por el Foro Global sobre Transparencia, además del I Intercambio de Información con Fines Fiscales.
4. Estos nuevos estándares confirman la intención de los países de acabar con el secreto bancario, ya que este ha sido considerado como un obstáculo para realizar un efectivo intercambio y cuya aplicación ha permitido que bajo su amparo se escondan no sólo evasores de impuestos, sino también criminales relacionados con el narcotráfico, terrorismo y corrupción. Esta situación plantea la revisión de la vigencia de las disposiciones en materia de secreto bancario que existen en algunas legislaciones, como es el caso de Perú, de modo tal que pueda flexibilizarse el procedimiento de levantamiento del secreto bancario.
5. Para lograr un efectivo intercambio de información se requiere, además de la suscripción de los acuerdos respectivos, que estos sean amplios, es decir, que la cobertura de los impuestos respecto de la cual puede solicitarse información, sea lo suficientemente amplia, que incluya tanto a impuestos directos como indirectos. Esto implica entonces que los Estados reúnan ciertos requisitos como son la transparencia, la voluntad política y la posibilidad de establecer un efectivo intercambio de información.
6. Entendiendo la transparencia como la existencia de un sistema tributario y de prácticas administrativas que permitan conocer el régimen tributario aplicable, de modo que el contribuyente pueda anticipar las consecuencias jurídicas de sus actividades sujetas a tributación. La inexactitud de las normas aplicables, así como una alta discrecionalidad otorgada al funcionario de la administración, erosionan la transparencia del sistema y por tanto la seguridad jurídica; en

delito. Por otra parte, el artículo 140° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros establece que las entidades del Sistema Financiero, así como sus directores, funcionarios y servidores, están prohibidos de informar sobre las operaciones pasivas de sus clientes, salvo lo exceptuado por dicha ley.

En materia de reserva bursátil, el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores, prohíbe a los directores, funcionarios y trabajadores de los Agentes de Intermediación, Sociedades Administradoras de Fondos Mutuos de Inversión en Valores y de Fondos de Inversión, entre otros, suministrar cualquier información sobre los compradores o vendedores de los valores transados en bolsa o en otros mecanismos centralizados.

consecuencia, si no hay transparencia para los contribuyentes locales, no se puede asegurar que esta exista para las otras administraciones cuando requieran información respecto de los contribuyentes que sean de su interés.

7. El efectivo intercambio supone pues el levantamiento de aquellas medidas que puedan entorpecer este proceso, ya sea impidiendo o retrasando la entrega de la información, para lo cual la voluntad política de los Estados será indispensable. Así mismo, para la consecución de este objetivo es recomendable que los Estados, al suscribir los acuerdos de intercambio, definan los aspectos operativos que incidan con el mecanismo de intercambio.
8. Uno de los retos que plantean los convenios de intercambio es la observancia de los derechos del contribuyente a fin de lograr un equilibrio entre los intereses fiscales y el respeto de los derechos inherentes a la persona, específicamente de aquellos relacionados con el derecho a la intimidad, al secreto profesional, el secreto comercial o industrial; este trabajo no es sencillo, pues debe evitarse que las limitaciones establecidas puedan ser utilizadas por los contribuyentes para

amparar conductas ilegales. Se recomienda entonces establecer de manera conjunta los mecanismos de protección de datos y la definición de las entidades que pueden tener acceso a la información obtenida.

9. En cuanto a las modalidades de cooperación para conseguir la información, el método que se utiliza más es el de las fiscalizaciones simultáneas; respecto de las auditorías conjuntas, si bien los países la reconocen, es poco utilizada, debido a las dificultades y costos que esta implica.
10. En cuanto a la implementación de estos acuerdos en el Perú, la adopción ha sido lenta, lo que se evidencia con el pequeño número de CDI y de convenios administrativos entre administraciones tributarias que se han suscrito. En cuanto a la implementación de la Ley FACTA en el Perú, esta es una realidad inexorable que eventualmente generará sobrecostos como consecuencia de las medidas de control que establezcan las entidades financieras, más allá del costo que significará la retención que se aplique sobre los pagos recibidos de fuente americana, aun cuando puedan ser objeto de posterior devolución por el fisco americano. 