

## ALCANCES Y RETOS DEL SECRETO BANCARIO

*Antonio de la Haza Barrantes*

Departamento Académico de Derecho, PUCP\*

*Beatriz Aguedo Huiza*

Grupo de Investigación en Derecho Bancario y Financiero, PUCP\*\*

*Cristina Flores Ligarda*

Grupo de Investigación en Derecho Bancario y Financiero, PUCP\*\*\*

Categoría profesores

Con el presente artículo se busca explicar el alcance y los retos que implica el secreto bancario hoy para las empresas bancarias que forman parte del sistema financiero nacional. Se sostiene que el secreto bancario continúa siendo el principio que hace viable el modelo de la banca múltiple reconocido por la Ley 24702 en el Perú. Esto se debe a la necesidad de contar con el deber de reserva que presta toda empresa bancaria sobre el patrimonio de su cliente.

### I. Introducción

Un fenómeno que se viene observando en los medios de comunicación escritos, radiales o televisivos es la necesidad de contar con información de la actividad financiera de personas naturales o jurídicas (en adelante «personas») al existir un interés público sobre ellas. Por ejemplo, en distintos medios escritos podemos encontrar titulares como «Solicitan levantar el secreto bancario - Ministerio Público investiga a 35 personas y pide revisar sus cuentas» (Yúfra Puma, 2014), «Lava Jato: piden levantar el secreto bancario de 24 empresas» (*Gestión*, 2016), «Solicitan levantar el secreto bancario del fiscal Enrique Dávalos por caso “Los Ilegales”» (Fernández, 2018), «Procuraduría solicitó levantar secreto bancario de “Los Cuellos Blancos del Puerto”» (Coaquira, 2014), «Fiscal solicitará levantamiento del secreto bancario de Kenji Fujimori» (Mejía Huaraca, 2018), «Lava Jato: levantan secreto bancario y telefónico a 19 exfuncionarios» (Mendoza, 2018), entre otros.

De igual manera, las estadísticas muestran una situación particular: En la Figura 1 está representado el número de oficios emitidos por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) vinculados al levantamiento del secreto bancario, requeridos por la autoridad judicial a las

\* Abogado por la PUCP, máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, doctor en Derecho por la PUCP y profesor de la misma casa de estudios. Código ORCID: 0000-0002-4650-8120. Correo electrónico: antonio.delahaza@gmail.com

\*\* Bachiller en Derecho por la PUCP. Código ORCID: 0000-0001-8780-9918. Correo electrónico: beatriz.aguedo@gmail.com

\*\*\* Estudiante de Derecho en la PUCP. Correo electrónico: a20122148@pucp.pe

empresas de operaciones múltiples, mediante los cuales requiere información de los titulares de cuentas bancarias de personas entre los meses de enero y diciembre de 2017. Se puede apreciar que el número total de solicitudes por el levantamiento del secreto bancario en el 2017 fue de 10 789, siendo julio el mes con el menor número de requerimientos (520) y septiembre el mes con el número más alto (1304).



Figura 1. Número de solicitudes de levantamiento del secreto bancario. Elaboración propia.

De la información puede concluirse que, si dividimos el número total de requerimientos entre el número de días laborales de un año y las horas de trabajo de un empleado, su nivel de impacto podría ser considerado bajo. Ahora bien, dentro del análisis de los resultados obtenidos, se debe considerar que la figura muestra el número total de requerimientos producto de delitos relevantes únicamente para las instituciones financieras por el riesgo de tener a un cliente que podría estar siendo investigado por delitos como el narcotráfico, terrorismo, contrabando, defraudación tributaria, secuestro, tráfico de armas y personas, proxenetismo, extorsión y delitos contra la administración pública. Es decir, la *data* no incluye otros delitos como el homicidio, el robo o el hurto debido a que, aunque su persecución es importante para el Estado, no es relevante para los intermediarios financieros, cuando estos últimos aplican una metodología de administración por riesgo crediticio, operativo o de mercado. Considerando lo explicado, se puede concluir que existe un alto número de solicitudes de levantamiento del secreto bancario requerido por el Poder Judicial a nivel país.

Además de analizar el contenido de los medios, se vio que era relevante determinar el nivel de conocimiento sobre esta institución por el ciudadano (funcionario o empleado) que labora en alguna institución bancaria para determinar cómo es la actitud hacia el secreto bancario y su reciente aplicación en el actual contexto peruano. Para ello, luego de realizarse una encuesta<sup>1</sup> de un universo de 100 personas naturales de grado de instrucción superior, se obtuvieron los siguientes resultados:

<sup>1</sup> Se elaboró un cuestionario con 10 preguntas en el que se preguntó por información relacionada con el secreto bancario, pidiéndose valoraciones sobre el acceso y la necesidad de su uso. En tres preguntas se usaron elementos de «Sí» y «No» y, en las demás preguntas, una escala de 1 a 5, donde 1 indica el mayor grado de aceptación y 5 el menor grado. La encuesta se repartió a todas las personas que no eran abogadas de profesión en los meses de julio y agosto de 2018. La totalidad de esas personas trabajaban en una entidad del sistema financiero. El cuestionario se encuentra en el Anexo 1.

1. Un 25 % de los encuestados considera —a pesar de trabajar en una entidad financiera peruana— que conoce lo suficiente sobre el secreto bancario, mientras que del resto, un 66 % considera que sabe regular y un 9 % poco.
2. Aproximadamente el 59 % de los encuestados considera que el secreto bancario cumple un rol fundamental en el sistema financiero.
3. El 97 % de los encuestados ha señalado que el secreto bancario es un derecho fundamental que se encuentra protegido por la Constitución peruana.
4. El 39 % de los encuestados está de acuerdo con el intercambio de la información bancaria con las instituciones tributarias peruanas y extranjeras. Asimismo, se debe considerar que el 21 % no se encuentra de acuerdo ni en desacuerdo.
5. El 33 % de los encuestados considera que el intercambio automático de información bancaria con entes estatales de fiscalización tributaria implicaría la eliminación del secreto bancario. Mientras que un 28 % opina que se eliminaría dicho concepto.
6. El 35 % de los encuestados está de acuerdo con que la SUNAT tenga acceso al secreto bancario, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1434. Por otro lado, el 29 % no tiene una posición clara respecto a este supuesto.
7. El 38 % de los encuestados está de acuerdo con el manejo actual de los pedidos del secreto bancario por parte de las comisiones investigadoras del Congreso de la República.
8. El 66 % de los encuestados están o muy de acuerdo o de acuerdo con la supresión del secreto bancario para personas que ejerzan cargos políticos como parte de una política anticorrupción.
9. El 86 % de los encuestados considera que las únicas instituciones que requieren tener acceso al secreto bancario son la Unidad de Inteligencia Financiera y la SUNAT.

Sumados a los dos componentes anteriores que forman el actual contexto peruano, también se debe explorar el actual alcance del secreto bancario y lo que significa para los intermediarios financieros. En ese sentido, es importante clarificar que no en todos los casos una persona a la que se le levantó el secreto bancario es titular de una cuenta; en realidad, puede ser titular de varias cuentas y por cada una es necesario entregar como información su movimiento transaccional en los últimos diez años o si el cliente tiene depósitos a plazo, si ha hecho transferencias o recibido dinero del exterior; si tiene operaciones activas, como un préstamo de libre disponibilidad, un crédito hipotecario o ser titular de una tarjeta de crédito, o si tiene operaciones neutras, como el uso de una caja de seguridad o el pago de servicios en general. Por ello, para el intermediario financiero, dicho requerimiento de información por parte de la autoridad competente ya no es un simple trámite: pasó inmediatamente a ser una actividad compleja tanto en su atención como por los costos que la misma demanda, no solamente en horas hombre, sino también en la inmediatez de brindar la información solicitada por la autoridad competente.

Por todo lo expuesto, las empresas del sistema financiero peruano hoy se preguntan lo siguiente: «¿De qué debo preocuparme al tener un cliente a quien se le solicita el levantamiento del secreto bancario?». La respuesta es muy sencilla: la preocupación radica no solo en el impacto económico que genera atender el requerimiento de la autoridad, sino también en el riesgo de no cumplimiento, que se puede manifestar en temas de riesgo reputacional o lavado de activos al no haber aplicado de forma correcta una política de conocimiento del cliente

desde el momento que se dio origen a la relación comercial cuando solicitó o se le ofreció algún servicio financiero a dicha persona.

A continuación, se desarrollarán los aspectos y problemáticas más importantes de la institución del secreto bancario desde la perspectiva de las empresas del sistema financiero y sus necesidades.

## 2. El secreto bancario en la legislación peruana

El secreto bancario es tan antiguo como el mismo sistema financiero, como un elemento innato de la actividad de la banca. Tanto es así que, desde que una empresa bancaria se constituye, nace con ella automáticamente el secreto bancario. Esta institución tiene en sus orígenes el llamado «deber de reserva». El concepto de reserva se puede entender estudiando los inicios del siglo pasado en el Perú. Cuando el sistema financiero se regulaba por el Código de Comercio del año 1902, las transacciones en su gran mayoría eran en efectivo, y no existía el soporte informático tal como lo conocemos ahora. En ese tiempo, cuando había un requerimiento de una autoridad judicial solicitando información bancaria de una persona natural o jurídica, como por ejemplo: «Indicar si en la cuenta n.º 1234 de ABC con fecha ZYX se ha producido un depósito de S/ 10 000 000», el intermediario financiero no tenía forma de saberlo desde el punto de vista práctico, porque el dinero entraba y salía de una cuenta sin poder determinar a ciencia cierta quién era realmente la persona que actuaba como ordenante del depósito efectuado, ya que no había una verdadera política de conocimiento del cliente<sup>2</sup>.

Varios años después, el secreto bancario era regulado de forma positiva con la primera Ley de Bancos, Ley 7159, que rigió desde el año 1931 hasta el 30 de junio de 1991. En esta ley, los artículos 20 y 103 establecían que estaba absolutamente prohibido al superintendente de Banca y Seguros y a sus empleados proporcionar información a terceros de personas o entidades sometidas a su supervisión, salvo los casos previstos en la ley.

Es con la Constitución de 1979 en su artículo 2 inciso 8 que se reconoce el derecho a la intimidad como un derecho de la persona que justifica el secreto bancario como una obligación impuesta a las empresas del sistema financiero. Este hecho luego fue reconocido por la Ley de Bancos de 1991, aprobada por el Decreto Legislativo 637 del año 1991, con la cual se le otorgó jerarquía de ley a lo que se denominaba «reserva bancaria», pues antes del referido decreto legislativo, la reserva bancaria estaba regulada solo por normas administrativas. Posteriormente, en el año 1993, con la aprobación del Decreto Legislativo 770 en sustitución del anterior, se mantuvo el mismo principio pero con ligeros cambios en la nomenclatura, siendo llamado «secreto bancario».

En el año 1993, entró en vigencia la actual Constitución del Perú, en cuyo artículo 2 inciso 5 se reconoce al secreto bancario como un derecho fundamental de la persona. Asimismo, la actual Ley de Bancos, Ley 26702, regula los alcances del secreto bancario, pero se están efectuando actualizaciones o ajustes sobre su alcance.

En la actualidad, el concepto de secreto bancario ha evolucionado y ya no es únicamente el deber de reserva traducido en el «deber de guardar» del banquero (Enrique Otero, 2017), sino que se trata de un deber de observar y supervisar al cliente. Esta nueva acepción de deber implica saber si una persona tiene una cuenta en el banco o es titular o no de un producto o servicio bancario a la fecha, así como un control de las operaciones financieras realizadas, con lo cual se generan nuevas obligaciones a las instituciones financieras.

---

2 No existía un registro sistemático en el sistema financiero que permitiera la identificación plena y específica de los depositantes, impidiendo conocer —de esta manera— el origen del dinero colocado en la banca.

### 3. Concepción actual del secreto bancario

En este contexto de transición, la afirmación de que el secreto bancario responde únicamente al deber impuesto, tanto al establecimiento bancario como a sus trabajadores y funcionarios, de mantener en reserva la información de los clientes como una prohibición de entregar información a terceros, sin causa o motivo al amparo de la ley, sería una posición sesgada que negaría el gran cambio de los elementos que conforman hoy el secreto bancario en el Perú.

Este cambio, producto de la tecnología, radica en la factibilidad de poder saber el origen y destino del dinero que circula a través de cuentas bancarias. De esta manera, hoy en día, el secreto bancario involucra elementos tales como la fecha de inicio de la relación comercial, el monto, el plazo, la transaccionabilidad y el movimiento de la cuenta. También, se ha incluido el concepto del registro de operaciones por monto igual o superior a USD 10 000 para transacción única y USD 50 000 para transacciones acumuladas en el mes, con el objetivo de tener identificado al ejecutante, ordenante y beneficiario de la operación ya sea de manera virtual o física<sup>3</sup>; además, se ha incluido, en el proceso de la relación comercial alrededor de una cuenta, al tercero y a la contraparte como personas distintas al cliente de la empresa bancaria.

En ese sentido, la diferencia entre el movimiento y la transacción de una operación bancaria se describe analizando el núcleo duro del secreto bancario. Dentro de la práctica operativa, el movimiento de cuenta está vinculado al titular de una o más cuentas y su relación exclusiva con ella(s). Por ejemplo, hay una persona natural que es titular de una cuenta de ahorros, tiene un depósito a plazo, una cuenta corriente, una tarjeta de crédito y todo el movimiento de la operación está vinculado a su propia persona, tanto en el origen y destino de los fondos. La transacción es el vínculo del titular de la cuenta con un tercero que no necesariamente tiene una relación jurídica patrimonial, sino sencillamente tiene una obligación de mantener o mandar una suma de dinero, saliendo dicha transacción de aquel círculo virtuoso protegido por el movimiento de cuenta de lo que sería el secreto bancario.

### 4. Alcances del secreto bancario

A nivel internacional, el secreto bancario también viene siendo objeto de cambios en su contenido producto del desarrollo tecnológico. Muestra de ello es el titular de una noticia periodística de un diario de la localidad: «Un centro bancario busca reinventarse a sí mismo» (Redacción Gestión, 2018); un país que viene operando como centro financiero a nivel global busca reinventarse y lo hace todo el tiempo. No obstante, cuando se discute cuál es el país titular o que ha tenido mejor éxito en el manejo del secreto bancario, indiscutiblemente este ha sido Suiza. Desde el año 1934, Suiza ha manejado con eficiencia lo que es el secreto bancario, y ha sabido sortear los cuestionamientos formulados a esta institución (Dunant y Wassmer, 1988), con múltiples intentos por demostrar que la legislación Suiza consistía en un respeto a la libertad individualidad, enmarcada en un derecho a la privacidad, el cual, pese a los cuestionamientos, sí estaba dentro de un proceso de evolución para responder a las necesidades sociales (Aubert, 1984). Pese a ello, los escándalos causados por esta modalidad regulatoria persistieron: los casos emblemáticos y típicos que siempre se mencionan son las cuentas de aquellas personas vinculadas con el nazismo alemán de la Segunda Guerra Mundial y las cuentas

---

3 Se comprende «operación física» como aquella efectuada en efectivo en las oficinas o agencias de la empresa de operaciones múltiples.

cifradas, dinero oculto mal habido sumamente cuestionado de aquellos tiranos o dictadores a nivel global que ha custodiado.

Sin embargo, después de la crisis internacional que afectó en especial a Estados Unidos en el año 2007, la comunidad internacional ha comenzado a replantear —por decir lo menos— el alcance de lo que debe entenderse por el secreto bancario por intereses netamente económicos de recaudación tributaria. Por ejemplo, Estados Unidos cuenta con la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas en el Extranjero (FATCA, por sus siglas en inglés), la cual fue promulgada por el Parlamento estadounidense en el año 2010 como una solución a la evasión fiscal por parte de los contribuyentes a través de la utilización de cuentas bancarias fuera del país, ya que al Gobierno le interesaba que sus ciudadanos tributen independientemente del lugar geográfico en que se encuentren en el mundo. Ello ha llevado a una serie de dificultades «técnico-políticas» al establecer obligaciones a las instituciones financieras extranjeras y a las entidades extranjeras que no son financieras (es decir, cualquier tipo de entidad de operaciones múltiples no constituida en Estados Unidos de Norteamérica) de ver si deben adoptar las medidas establecidas por la referida ley, es decir, si deben firmar o no un acuerdo o convenio con las autoridades fiscales del Gobierno estadounidense (IRS, por sus siglas en inglés)<sup>4</sup> (Sheppard Castillo, 2014). Tanto es así que Suiza —producto de la presión internacional— ha tenido que admitir ciertas reglas de juego, por un lado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de la cual forma parte desde el año 1961<sup>5</sup> (Bartles y Arias, 2010), y por otro de la Unión Europea, al geográficamente estar situada al medio de Europa, rodeada de varios países miembros con el discurso de mayor transparencia financiera (Gibson, 2017). Otra fuente de presión internacional fueron las sanciones que recibieron dos de los bancos más poderosos y antiguos de Suiza por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, bajo acusaciones de conspiración criminal: Credit Suisse recibió una multa de USD 2600 millones y UBS fue sancionado con \$ 780 millones por «ayudar» a la evasión fiscal (Zhao, 2014).

El año 2014 fue un hito en la historia puesto que Suiza, con el fin de evitar perder su condición de centro financiero global, finalmente firmó el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes para el intercambio país por país, mediante el cual admitió el levantamiento del secreto bancario de aquellas personas que hubieren sido sentenciadas por defraudación tributaria (*Swiss say goodbye to banking secrecy*, 2017). Luego de la ratificación del tratado por el parlamento suizo en 2016, el país se comprometió a hacerlo efectivo a partir del año 2018, año en el cual efectivamente se llevó a cabo el primer intercambio automático de información de cuentas financieras con la Administración Federal de impuestos (FTA siglas en inglés) (Shields, 2018). Solo a partir del 2019 se podrá evaluar el grado de impacto que ha tenido la medida tomada.

Si se planteara la pregunta de qué significa para Suiza el secreto bancario a nivel internacional para que sea considerado como referencia, se podría decir que es un país que tiene 8 millones de habitantes, el desarrollo de su sector financiero le representa el 9,6 % de su producto bruto interno y cuenta aproximadamente con 266 empresas bancarias. Por tanto, no es muy fácil para la economía de Suiza despojarse de aquello que le ha sido sumamente

---

4 La norma americana no se encuentra exenta de críticas, siendo sumamente complejo por parte de las empresas del sistema financiero peruano y en especial para el Estado su aplicabilidad por el principio de legalidad dentro del marco constitucional.

5 Es importante destacar que Colombia y Chile se acaban de incorporar a la OCDE.

ventajoso: el haberse convertido en el principal administrador del patrimonio o el gestor de fortunas privadas de extranjeros al copar un tercio de la cuota mundial. A esto se suman nuevos casos en contra de bancos suizos en la medida de que la información es más transparente, como por ejemplo la acusación contra UBS por la defraudación en la venta de valores respaldados por hipotecas residenciales (Williams, 2019). Pese a ello, lo que viene ocurriendo hoy en Suiza es que se busca dar al secreto bancario un nuevo matiz a través de la protección de los datos personales, mediante la aplicación de los principios de legalidad, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad, seguridad, imposición de recursos y nivel de protección.

En la actualidad, los intermediarios financieros, en especial los bancos, vienen buscando —de la mejor forma posible— conocer más del alcance de lo que comprende, desde el punto de vista operativo, la aplicabilidad del secreto bancario para la prevención del lavado de activos. Para ello, han recurrido a redefinir el tipo de riesgo que aborda; se sabe que no se trata de un riesgo crediticio, ni de mercado: se trata de un riesgo no financiero y, como tal, debe operar como cualquier otro riesgo conformado desde un punto de vista metodológico por factores (cliente, producto, servicio, canal y ubicación geográfica) y variables (tipo de moneda, forma de pago, monto pagado, otros).

Una nueva variable que se debe considerar, ahora relacionada con la teoría del riesgo, es el levantamiento del secreto bancario, el cual, mediante la denominada política de conocimiento del cliente, permite conocer mejor a la persona, ya sea natural o jurídica. En ese sentido, no es natural que a las personas, con frecuencia, a través de la autoridad competente, se les esté solicitando el levantamiento del secreto bancario. Si se tiene un cliente del cual se sabe que se le ha levantado el secreto bancario y se encuentra vinculado con un tipo de los delitos denominados precedentes al lavado de activos, como el narcotráfico, el contrabando, la defraudación tributaria o los delitos cometidos por los funcionarios públicos como el peculado, el intermediario financiero deberá preocuparse sobre los controles apropiados que le permitan determinar la procedencia del dinero del cual mantiene en custodia en cuenta.

Es importante también mencionar que muchas personas tienden a confundir temas afines al secreto bancario como el conocimiento del cliente y el del beneficiario final. Estos son nuevos conceptos que a la fecha no tienen una definición propia y que se encuentran en estado de formación conceptual. Mediante Decreto Legislativo 1372, el Estado peruano aprobó la obligación de las personas jurídicas o entes jurídicos de informar a la SUNAT la identificación del beneficiario final que al final debe ser una persona natural que efectivamente posee o controla a la persona jurídica o ente jurídico, dentro de un marco de transparencia de aquella persona que tiene una participación dentro del capital social de la empresa igual o mayor del 10 %.

El conocimiento del cliente que realmente es un principio comercial ha sido tomado para la prevención de lavado de activos y se utiliza como contraparte de la política del conocimiento del mercado; el primero no puede darse sin el segundo, es decir, no es factible conocer a una persona si no se logra conocer su actividad económica que justifique la procedencia de sus fondos.

## 5. Teorías del secreto bancario

Las teorías que justifican la existencia del secreto bancario van desde las teorías contractualista, de usos y prácticas comerciales, de la responsabilidad civil extracontractual y de la actividad bancaria hasta la teoría constitucionalista. En el caso de la legislación peruana, indiscutiblemente se ha basado en todas ellas en diferentes estadios normativos; sin embargo, en la presente

investigación, se presta la mayor atención a la teoría de usos y prácticas comerciales y a la teoría constitucionalista<sup>6</sup>.

### 5.1. Teoría de los usos y prácticas comerciales.

Como está indicado en su nombre, esta teoría encuentra su fundamento en las tradiciones, usos, prácticas y costumbres universalmente reconocidos y aceptados por los agentes económicos, que se integran al contrato entre el cliente y la empresa del sistema financiero, no solo a lo expresado en el documento, sino también a la necesidad de justificar las consecuencias que se derivan de la responsabilidad de su falta de observancia.

Es de esta manera que codificando este uso y/o práctica comercial, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros —Ley 26702—, en su artículo 140 y siguientes,

- 
- 6 Entre las teorías más generalizadas con las que se trata de justificar la existencia del secreto bancario, se puede mencionar las siguientes:
- Teoría contractualista: basada en la autonomía de voluntad, en la libertad de contratar y contractual, por la cual la institución financiera pacta con el cliente la obligación de no divulgar las operaciones activas, pasivas y neutras que relacionan a la institución con este, situándose como deber accesorio a la prestación principal objeto materia del contrato. Es de esta manera que en las operaciones bancarias (activas, pasivas y neutras), al plasmarse en un contrato bancario, las partes pueden estipular dentro del acuerdo comercial la no divulgación de la información adyacente a dichas operaciones.
  - Teoría de la responsabilidad civil extracontractual: a primera vista, la relación contractual que, por ejemplo, nace desde la suscripción de un marco de servicios bancarios, es la que lleva implícita la razón de ser del secreto bancario; forma parte de las obligaciones de una de las partes (el banco en este caso) el no revelar información a terceros sin que medie consentimiento del cliente, ya sea expreso, escrito, oral, etc. Sin embargo, la razón de la discusión para dar cabida a la teoría de la responsabilidad civil extracontractual radica en la necesidad del resarcimiento al cliente por la entrega de información por acto ilícito bajo la regla genérica de que el causante del daño debe indemnizar; así sea por acción u omisión, o por culpa o negligencia grave. Con base en ello, la relación sinalagmática (Castañeda, 1969) entre ambas partes genera que una de sus obligaciones genéricas sea el deber de reserva de la actividad del cliente: las partes no solamente se encuentran obligadas por aquello expresamente convenido, sino que adicionalmente existe una obligación implícita en la empresa del sistema financiero, y consiste en el deber de reserva. El factor de atribución de responsabilidad recaerá sobre la culpa del autor; en este caso la empresa del sistema financiero, que comprende la negligencia o imprudencia (por ejemplo, falta de capacitación del personal del área de atención al usuario que revela información de un cliente a un tercero) como el comportamiento doloso, entendido como la voluntad de causar daño o perjuicio al cliente (por ejemplo, incluir más información de la requerida en respuesta a una carta de pedido de levantamiento de secreto bancario a modo de represalia de un cliente temerario que ha presentado varios reclamos a lo largo del año).
  - Teoría de la actividad bancaria: esta teoría encuentra su fundamento en la necesidad de protección que debe brindar el Estado a las empresas que componen el sistema financiero en general, la cual está consagrada en la Constitución desde la obligación formal del Estado de fomentar el ahorro y de constituir un organismo autónomo que regule las actividades financieras y sus participantes. La obligación del Estado está expresada en el artículo 87 de la Constitución, el cual perfila lo siguiente: «Artículo 87°.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley [...]». Un ejemplo de cómo se plasma esta obligación se vio reflejado en el rol del Estado Peruano como regulador y supervisor durante la lucha contra los efectos de la crisis económica del 2008. Según una investigación del Banco Mundial, Perú, junto con Malasia, lograron mantener la estabilidad dentro de su sistema financiero mediante una serie de medidas preventivas, sin importar que sea un país en vías de desarrollo (Banco Mundial, 2012). Por ello, el legislador debe proveer de herramientas para la tutela básica del ahorro y la inversión.



desarrolla los alcances del secreto bancario, al relacionarlo con la confidencialidad de las operaciones pasivas que realiza una persona natural o jurídica, estableciendo una obligación de reserva a todo aquel que posea dicha información en el ejercicio de su actividad.

Cabe resaltar que la posición de los autores del presente artículo de optar por la presente teoría y no por la contractualista nace porque los usos y prácticas comerciales son anteriores al mismo contrato del servicio bancario, al formar parte del derecho mercantil.

En el derecho mercantil, al uso y/o práctica comercial se le reconoce poseer autonomía, llegando a tener mayor vitalidad por su mismo carácter técnico-práctico. Pero en el caso del Perú, ello no se da por una falta de raigambre, que es reemplazado por un Estado legislador que se traduce en el derecho del consumidor y los contratos por adhesión.

Frente a esta situación real y propia del Perú en la que el poder contractual que tienen las partes para regular sus intereses no es «el apropiado» al existir una asimetría en la información por la naturaleza de los productos y servicios financieros, el deber de reserva —comprendido por una acepción contractual— se debilita porque una de las partes tiene mayor capacidad de negociación respecto de las obligaciones accesorias que acompaña al mismo contrato de servicio bancario; el Estado está facultado constitucionalmente para asegurar el equilibrio contractual en los negocios bancarios<sup>7</sup>.

Del mismo modo, el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero<sup>8</sup>, el cual regula las exigencias aplicables a las entidades bancarias en temas de la transparencia de información, oferta y contratación de productos y servicios financieros, propone de forma directa que el contrato marco de servicio bancario de las instituciones financieras contemple la estipulación del secreto bancario al darse por sentada su trascendencia constitucional; la(s) cláusula(s) sobre manejo de información bancaria está(n) redactada(s) de tal forma que reconoce(n) las circunstancias en las que el secreto bancario puede ser exceptuado, liberando a la institución financiera de la reserva y de cualquier tipo de responsabilidad penal, civil o administrativa.

---

7 Ley 26702 para intervenir y asegurar el equilibrio contractual en los negocios jurídicos bancarios: Artículo 349.- ATRIBUCIONES.

Son atribuciones del Superintendente, además de las ya establecidas en la presente ley, las siguientes:

[...]

2. Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, estatutos y toda otra disposición que rige al sistema financiero y del Sistema de Seguros, ejerciendo para ello, el más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las empresas que los integran realicen;

[...]

6. Interpretar; en la vía administrativa, sujetándose a las disposiciones del derecho común y a los principios generales del derecho, los alcances de las normas legales que rigen a las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, así como a las que realizan servicios complementarios, constituyendo sus decisiones precedentes administrativos de obligatoria observancia;

[...]

8. Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones señaladas en el título III de la Sección Segunda de la presente ley; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil;

[...]

18. En general, se encuentra facultada para realizar todos los actos necesarios para salvaguardar los intereses del público, de conformidad con la presente ley.

8 Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero - Resolución SBS 3274-2017.

## 5.2. Teoría constitucionalista.

Su fuente es la Constitución del Estado como norma de mayor jerarquía, de tal modo que sistematiza a nivel normativo la dimensión sociológica que integra el fenómeno jurídico. Es así que el secreto bancario se encuentra regulado en el artículo 2 numeral 5 de la Constitución Política del Perú<sup>9</sup>. Se presenta junto con la reserva tributaria como una excepción al derecho de información al requerirse el permiso de un juez, del fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso para acceder a este tipo de información.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional —en el expediente 00009-20184-PI/TC— establece que el secreto bancario es una manifestación del derecho a la intimidad en la medida que busca proteger un aspecto de la vida privada de la persona. En otras palabras, forma parte del contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho<sup>10</sup>.

Cuando una autoridad competente ordena el levantamiento del secreto bancario, es porque en realidad alguien ha hecho algo al margen de la ley; es una garantía, un derecho de la persona reconocido en la Constitución por el que existe un riesgo de pérdida que se debe mitigar.

Hay dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculadas con el manejo del secreto bancario que son de interés en esta investigación. La primera es una acción de *habeas data*, producto del recurso interpuesto por Nuevo Mundo Holding SA (NMH) contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (exp. 1219-2003-HD) en el proceso seguido contra la Superintendencia de Banca Seguros y AFP (SBS). En este, NMH alega que se le vulneró su derecho de acceso a la información documentada, al no habersele proporcionado copia de los documentos que los interventores de la SBS en el Banco Nuevo Mundo (BNM) entregaron al Banco Interamericano de Finanzas (BIF), entre otros.

Lo relevante de esta primera sentencia del Tribunal, y de allí su carácter aleccionador, es que la confidencialidad es un sinónimo de la reserva bancaria; ni la SBS ni el banco son titulares del secreto bancario, sino que el mismo corresponde al cliente, ya sea persona natural o jurídica, que mantiene una relación con el intermediario financiero. La publicidad de la información que custodia el secreto bancario debe ser la excepción en la medida que la misma responda a la regla de proporcionalidad y razonabilidad. El levantamiento del secreto bancario solamente puede ser autorizado por su titular (persona) o cuando hay mandato judicial del fiscal de la nación o una comisión investigadora del Congreso de la República.

La segunda sentencia del Tribunal Constitucional tiene que ver con el famoso impuesto a las transacciones financieras (ITF), interpuesta por los colegios profesionales y otros (exp. 0004-2004-AI/TC)<sup>11</sup> en el sentido que el verdadero interés del Estado es acceder a información

9 Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

[...]

5.- A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. (Constitución Política del Perú, 1993)

10 Demanda interpuesta ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 29720, que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales.

11 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Cusco, el colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho; se adhirió el Colegio de Abogados

bancaria del ciudadano (cliente bancario) a través de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), de manera no prevista en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, siendo las empresas del sistema financiero las encargadas de hacer el pago y la declaración en nombre de sus clientes. Esto podría implicar atentar contra el núcleo duro del derecho a la intimidad.

Lo afirmado en el párrafo anterior podría ser interpretado en dos sentidos diferentes: el primero, que implicaría atentar contra el núcleo duro del derecho a la intimidad, y el otro, como una restricción de dicho secreto hacia la SUNAT, cuyo uso solo podrá tener finalidades institucionales de control de tributación y de fiscalización<sup>12</sup>. El Tribunal, en su interpretación constitucional, considera que la primera es incompatible; mientras que sobre la segunda, opina que debe realizarse un juicio de proporcionalidad y razonabilidad para que la misma proceda en su levantamiento, en el sentido que debe hacerse efectivo el principio de solidaridad contributiva en un Estado constitucional. Luego de hacer el examen de proporcionalidad, tal como lo afirma Traverso (2013), se puede concluir que, «en efecto, desde el punto de vista de la juridicidad y de la ética no se puede sostener que el secreto bancario pueda servir como instrumento para proteger la comisión de delitos tributarios o fraudes fiscales, constitutivo de ilícitos penales, que representan un perjuicio patrimonial al Estado y consecuentemente al interés de la sociedad» (p. 47).

Desde el punto de vista constitucional, el secreto bancario es un derecho fundamental de la intimidad económica de la persona, empero, debe hacerse una distinción entre aquella parte que opera como un núcleo duro del derecho que no admite ningún tipo de limitación, de aquella otra que sí lo admite en la medida que tenga por límite la razonabilidad y proporcionalidad para su levantamiento, caso contrario implicaría la imposición de obstáculos para la persecución de delitos económicos<sup>13</sup>.

---

de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín; contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,11,12,13,14,15,16,17,18,19 y 20 del Decreto Legislativo 939, Ley de Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo 947, que regulan la denominada «bancarización» y crean el impuesto a la transacciones financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18 y 19 de la Ley 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, que subroga los referidos decretos legislativos [exps 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004AI/TC 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados)].

- 12 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Cusco, el colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho; se adhirieron el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín; contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,11,12,13,14,15,16,17,18,19 y 20 del Decreto Legislativo 939, Ley de Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo 947, que regulan la denominada «bancarización» y crean el impuesto a la transacciones financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18 y 19 de la Ley 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, que subroga los referidos decretos legislativos [exps 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004AI/TC 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados)] (fj. 32).
- 13 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Cusco, el colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho; se adhirieron el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín; contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,11,12,13,14,15,16,17,18,19 y 20 del Decreto Legislativo 939, Ley

El alcance de este derecho regulado por la Constitución se ha visto desarrollado tanto en la Ley General del Sistema Financiero —Ley 26702— como en normas administrativas vinculantes propuestas por la SBS<sup>14</sup>.

La Ley General del Sistema Financiero regula la prohibición de guardar reserva sobre el secreto bancario de la siguiente forma (artículo 140):

Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los Artículos 142 y 143.

También se encuentran obligados a observar el secreto bancario:

1. El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de la información respecto a los titulares de las cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos.
2. Los directores y trabajadores del Banco Central.
3. Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

Sin embargo, hay excepciones a la regla contenidas en la misma ley, la cual indica que no operará cuando se trate de operaciones relacionadas con el lavado de activos, a la vez que existe la obligación de hacer de conocimiento la operación a la Unidad de Inteligencia Financiera, y no se incurrirá en ningún tipo de responsabilidad penal o administrativa por comunicar dicho hecho.

Se encuentran autorizados a solicitar el levantamiento del secreto bancario (artículo 143):

1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.
2. El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.
3. El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.
4. El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la

---

de Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo 947, que regulan la denominada «bancarización» y crean el impuesto a las transacciones financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18 y 19 de la Ley 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, que subroga los referidos decretos legislativos [exps 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004AI/TC 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados)] (fj. 37).

14 Por ejemplo, la Resolución SBS N° 4705-2017.

Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.  
5. El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión

Es importante indicar que, además de los casos mencionados como excepción, se han venido dando mediante normas posteriores y de otros sectores del Estado supuestos para el levantamiento del secreto bancario, que hasta la fecha son cuestionados por estimar que son incompatibles con lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, al no responder al criterio de razonabilidad y proporcionalidad planteados como supuestos requeridos de las dos sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente mencionadas, en relación con el principio de solidaridad tributaria que se debe observar. Los casos en cuestión son los siguientes:

1. La Ley 27785, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, señala que el contralor general tiene acceso a información que las entidades mantienen, aun las protegidas con secreto, por lo que podría considerarse como otra autoridad facultada para levantar el secreto bancario o lo normado por la Ley 29782 que señala que la SBS y la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) compartirán información que posean respecto de personas naturales y jurídicas, incluyendo la información protegida por el secreto bancario. Por otro lado, también indica que el secreto bancario será levantado cuando medie pedido de algún organismo de control del mercado de valores en el marco del acuerdo multilateral de entendimiento, lo que debe ser canalizado a través de la SMV.
2. La Resolución SBS 4353-2017, con la cual se autoriza a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) a solicitar el levantamiento del secreto bancario a través del juez penal competente en donde tenga su domicilio principal la SBS y regula la forma y condiciones en que se debe proporcionar la información protegida por el secreto bancario.
3. El Decreto Legislativo 1434, que modifica el artículo 143-A de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero, reglamentado por el D.S. 256-2018 -EF, que establece que la información financiera se debe suministrar a la SUNAT para que realice el intercambio de información automático conforme a lo convenido en los tratados internacionales y en las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN). El supuesto de suministro de información a la SUNAT por parte de las empresas del sistema financiero versa sobre operaciones pasivas de sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, ya sean personas naturales o jurídicas.

El cuestionamiento nace porque serán las empresas del sistema financiero las que suministrarán a la SUNAT la información que pudiera requerir por una vía distinta a la prevista por el numeral 1 del artículo 143 de la Ley 26702 a través del requerimiento del juez. Con ello, lo que se busca es dar cumplimiento a los tratados internacionales o a las decisiones de la CAN y, por otro lado, combatir la evasión y elusión tributaria con el propósito de que el país forme parte de la OCDE.

Con mecanismos de excepción como el que se está planteando, se estima que se atenta contra el Estado constitucional de derecho en la medida que no se logre acreditar la

racionalidad y la proporcionalidad de lo requerido como plantea el Tribunal Constitucional, generando mayor confusión entre los contribuyentes aun cuando se afirme que la información será tratada bajo reglas de confidencialidad exigidas por los estándares internacionales o que las empresas del sistema financiero pondrán a disposición de sus clientes los medios que permitan acceder a la información proporcionada a la SUNAT.

## 6. Casos donde se aplican los usos y prácticas comerciales

Con esta investigación también se buscó, desde el punto de vista de los usos y prácticas comerciales, la comprensión sobre cómo se debe aplicar el levantamiento del secreto bancario sin infringir la Constitución, evitando con ello la comisión de delitos económicos por parte de terceros en la relación que se debe observar sobre origen y destino del dinero. Se pudo determinar el supuesto del registro de operaciones en efectivo de las entidades bancarias, donde se verifica la identidad de las partes que participan como son el ejecutante, ordenante o beneficiario de la operación y adicionalmente la fecha de la operación, el monto y la cláusula sobre el origen o procedencia de los fondos. Frente a ello, la pregunta que se generó es si se está haciendo un correcto levantamiento del secreto bancario. Se estima que sí, en la medida que se demuestre que responde al criterio de proporcionalidad y razonabilidad como sostiene el Tribunal Constitucional que se debe observar para que proceda la recopilación de la *data* que gira alrededor de una transacción u operación bancaria.

Un caso típico que se debe tener en consideración donde el secreto bancario se aplica de forma apropiada al no admitirse su levantamiento se presenta hoy por el tema del fraude. Existen empresas constructoras inmobiliarias que sorprenden a los ciudadanos y dicen, por ejemplo, lo siguiente: «le voy a vender este *stand* en el Centro de Lima que se terminará de construir el próximo año, cuyo valor es de 250 mil dólares», pero dentro de las tratativas de la negociación le solicitan al comprador efectuar un depósito en una determinada cuenta bancaria como muestra de su deseo de efectuar la compra del *stand*. Pasan los días desde la fecha del depósito y la cuenta se cierra por orden de la empresa constructora inmobiliaria; pasa el tiempo y la persona que pensó adquirir el *stand* se percata de que no hay tal inmueble y tampoco ubica al vendedor; automáticamente, el comprador se considera engañado por el fraude cometido. Inmediatamente, acude al banco pidiendo razón por el titular de esa cuenta en particular donde efectuó el depósito requerido inicialmente. El banco en calidad de intermediario financiero puede y debe negarse a brindar información por la aplicación de la garantía constitucional del secreto bancario, porque existe el debido proceso a través de la autoridad del Ministerio Público, el cual pone la denuncia respectiva para acceder a dicha información de la titularidad de la cuenta aun cuando la misma se encuentre cancelada. En ese caso, el juez ordenará el levantamiento del secreto bancario de la cuenta, aplicándose el debido proceso para acceder a la información de la titularidad y movimiento de cuenta.

Adicionalmente, se revisó una serie de oficios relacionados con el levantamiento del secreto bancario requeridos a las empresas del sistema financiero por autoridades competentes<sup>15</sup>; en ellos, se pudo observar que había una constante en el requerimiento sobre los siguientes puntos:

---

15 Son oficios de requerimiento de información que corresponden al primer semestre del año 2017, que por un tema de confidencialidad mantenemos reserva de la fuente.

- remisión de información en un plazo no mayor de un número de días recibido el requerimiento y el amparo jurídico de una norma específica
- registro de operaciones (RO) con el detalle del origen de los fondos y el rango de fecha de las operaciones requeridas
- estado de movimiento de la tarjeta de crédito que registran las personas naturales o jurídicas
- copia del expediente de crédito otorgado
- transferencias de/al exterior recibidas/ordenadas por personas naturales o jurídicas
- movimiento de cuenta sin precisar el saldo de cuenta.

Del análisis de los requerimientos, se determinó que la autoridad, de forma muy hábil —por decir lo menos—, en un oficio en que solicita información ya sea de una persona natural o jurídica, vincula todas sus operaciones, sean las mismas activas, pasivas o neutras, donde el dar parte de la información, aun cuando se niega a brindar aquella otra porque no se encuentra facultada para ello, permite a la autoridad reconstruir todo el patrimonio económico de la persona investigada o procesada, accediendo mediante este mecanismo al secreto bancario que de otra forma no podría obtener.

La solución práctica que se viene observando y que aplican los intermediarios financieros frente a solicitudes como las expresadas en el párrafo anterior es revisar el movimiento de las cuentas del cliente con el propósito de determinar alguna transacción inusual que debe ser calificada como sospechosa, con el objetivo de ser reportado de oficio por parte del oficial de cumplimiento en prevención en lavado de activos. De esta manera, se cubre la posibilidad de que la empresa bancaria a través de sus funcionarios de negocios hubiese aplicado de forma deficiente la política de conocimiento del cliente, incurriendo en una omisión de reporte por lavado de activos.

Se tiene otro supuesto que también genera gran debate sobre el alcance del secreto bancario: lo que se ha denominado producto de la presente investigación como<sup>16</sup> los super

---

16 Reporte de operación sospechosa (ROS) es la decisión del oficial de cumplimiento en PLA de comunicar transacciones que ameritan ser de conocimiento de la UIF del Perú, conforme al artículo 58 de la Resolución SBS 2660-2015 el Oficial de cumplimiento en PLA:

Artículo 58.- Reporte de Operaciones Sospechosas.

La empresa tiene la obligación de comunicar a la UIF-Perú a través de su oficial de cumplimiento, las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar; que según su buen criterio sean consideradas como sospechosas, sin importar los montos involucrados. A estos efectos, se considera buen criterio, al discernimiento o juicio que se forma el oficial de cumplimiento a partir; por lo menos, del conocimiento del cliente y del mercado; abarca la experiencia, la capacitación y diligencia en la prevención del LA/FT.

La comunicación debe ser realizada de forma inmediata y suficiente, es decir, en un plazo que - conforme a la naturaleza y complejidad de la operación sospechosa- permita al oficial de cumplimiento la elaboración, documentación y remisión del ROS a la UIF-Perú, el cual en ningún caso debe exceder las veinticuatro horas (24) desde que la operación es calificada como sospechosa. Una operación es calificada como sospechosa cuando dicha categoría puede presumirse luego del análisis y evaluación realizado por el oficial de cumplimiento.

El oficial de cumplimiento debe dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas, para la calificación de una operación como inusual o sospechosa, así como el motivo por el cual una operación inusual no fue calificada como sospechosa y reportada a la UIF-Perú, de ser el caso. Las operaciones calificadas como inusuales y el sustento documental del análisis y evaluaciones se conservan por un plazo no menor a diez (10) años, conforme al artículo 55.

La comunicación de operaciones sospechosas y el ROS que realizan las empresas por medio de sus oficiales de

reportes de operaciones sospechosas (ROS). El super ROS está vinculado a grupos financieros; entre ellos pueden tener convenios para intercambiar información, políticas y procedimientos con cláusulas de salvaguardas adecuadas sobre la confidencialidad, lo cual es válido y beneficioso. Sin embargo, si hay una empresa del grupo que a su vez ha tenido o tiene un cliente que va a hacer objeto de reporte por lavado de activos, se genera la gran pregunta si se debería compartir el ROS con las demás empresas del mismo grupo.

Hoy en día, la norma prohíbe compartir el ROS aun cuando sea una empresa del grupo, porque lo único que permite la normativa es compartir información<sup>17</sup>. El problema se presenta, por ejemplo, cuando la casa matriz pide un informe de la cantidad de ROS mensuales y/o semanales elaborados. La respuesta frente a dicha pregunta es que no se puede responder porque la ley prohíbe contestar si es que se efectuó un ROS; pero si se llega a este super ROS y a este nuevo levantamiento del secreto bancario vinculado con protección de datos personales, desde el punto de vista formal, se debería permitir comunicar a las empresas que forman parte de un grupo económico o a la casa matriz que se ha elaborado un ROS y quiénes son las personas involucradas. No obstante ello, han aparecido los detractores del presente planteamiento al sostener que dichas personas serían discriminadas al negárseles el acceso al sistema financiero al contarse con información relevante negativa entre empresas del grupo económico.

Otro supuesto es el qué pasaría si el ROS que se ha elaborado también impacta —en el ejemplo— al banco de la competencia. ¿Sería posible avisarle al banco y a otros bancos que se está reportando a su cliente? La respuesta del legislador es que no es factible hacerlo.

Sin embargo, frente a la afirmación de que no se puede compartir un ROS hay otra respuesta: como privado se le niega el acceso al sistema financiero —a tal persona en calidad de cliente— porque se está aplicando una metodología por riesgo y su interés privado individual no puede perjudicar al sistema financiero en su conjunto, el cual responde además a un interés público que es administrado también por el Estado.

## 7. Conclusiones

1. En la actualidad, la Constitución y la legislación nacional reconocen el derecho al secreto bancario a favor de los clientes de una empresa del sistema financiero. Sin embargo, este derecho corresponde únicamente por operaciones pasivas (depósitos) de los clientes.
2. La encuesta brindó como resultado que en el sistema financiero se considera que el secreto bancario es un derecho fundamental, protegido por la Constitución, que cumple un rol básico, siendo que, en relación con el intercambio de información y/o el acceso a esta reserva, no se tiene una postura definida o mayoritaria de un intercambio automático de la información protegida por el secreto bancario ya sea con la SUNAT u otra institución.

---

cumplimiento tienen carácter confidencial y reservado. Únicamente el oficial de cumplimiento, o de ser el caso el oficial de cumplimiento alterno, puede tener conocimiento del envío del ROS. Para todos los efectos legales, el ROS no constituye una denuncia penal o administrativa.

- 17 La información que se puede compartir es todo aquello que no forme parte del núcleo duro de protección por el secreto bancario al tratarse de una operación pasiva; por ejemplo, el monto que mantiene el cliente en calidad de depósito en una empresa bancaria. Es factible cambiar información como tiempo que una empresa lo tiene como cliente, profesión u ocupación, centro laboral, número telefónico, domicilio, etc.



3. El derecho al secreto bancario en el Perú no es absoluto, estableciéndose en forma expresa —concordante con la tendencia internacional— los supuestos en los cuales procede el levantamiento del secreto bancario cuando uno se encuentra frente a un interés público del Estado que así lo amerite.
4. En el caso de las operaciones activas (préstamos) y neutras de un cliente realizadas a través de una empresa del sistema financiero, existe una obligación de custodia de la información; sin embargo, se entregará la misma cuando sea también solicitada por una autoridad competente.
5. El secreto bancario, al ser considerado derecho fundamental de la persona, es referido únicamente a la privacidad económica del individuo, teniendo como límite para su aplicabilidad la razonabilidad y la proporcionalidad en la medida que no puede ampararse limitantes a la persecución de delitos económicos.
6. El secreto bancario como garantía constitucional se encuentra en constante evolución y el manejo presente que se desea brindar se vincula con la protección de los datos personales.
7. Es necesario un mayor desarrollo doctrinal sobre lo que se debe comprender por los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad para la debida aplicación del secreto bancario como lo plantea el Tribunal Constitucional.
8. El gran cambio está en que, producto de la tecnología, sí es factible saber el origen y destino del dinero que circula a través de cuentas bancarias; hoy en día el secreto bancario involucra elementos como los siguientes: fecha de inicio de la relación comercial, el monto, el plazo, la transaccionabilidad y el movimiento de cuenta.

## **8. Nuevas líneas de investigación**

Si bien es cierto que esta investigación partió de los usos y prácticas comerciales y de la aplicación de la normativa contenida en la misma Constitución del año 1993 de lo que debe comprender el secreto bancario, se ha dejado abierta la posibilidad para que otros investigadores continúen desarrollando el presente tema bajo otras perspectivas teóricas como son la contractualista, la de la responsabilidad civil extracontractual y la de la actividad bancaria, las cuales también describen el alcance de lo que es el secreto bancario y su relación con la evasión tributaria.

## Anexo I

## Ficha técnica

## ENCUESTA SOBRE EL SECRETO BANCARIO

Por favor dedique un momento a completar esta encuesta. La información que nos proporcione será utilizada para la elaboración de un artículo de investigación sobre la institución del Secreto bancario en el Perú. La encuesta es anónima. Le solicitamos que lea todas las preguntas y luego proceda a marcar la mejor respuesta.

1. ¿Trabaja usted en una entidad del sistema financiero peruano?

1 Sí

2 No

2. ¿Cuánto conoce sobre el SB?

1 Mucho

2 Regular

3 Poco

3. ¿Considera que el Secreto Bancario cumple un rol fundamental en el Sistema Financiero?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

4. ¿El Secreto bancario es un derecho fundamental que se encuentra protegido por la Constitución Peruana?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

5. ¿Está de acuerdo con el intercambio automático de la información bancaria con la Hacienda peruana y de otros países?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

6. ¿Considera usted que el intercambio automático de información bancaria con las haciendas implicaría la eliminación del Secreto bancario?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

7. ¿Está usted de acuerdo con que la SUNAT tenga acceso al secreto bancario, según el Decreto Legislativo 1434?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

8. ¿Está de acuerdo con el manejo actual de los pedidos del secreto bancario por parte de las comisiones investigadoras del congreso?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

9. ¿Estaría de acuerdo con la supresión del secreto bancario para personas que ejerzan cargos políticos como parte de una política anticorrupción?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

10. ¿Considera que hay otra institución además de la Unidad de inteligencia Financiera y la SUNAT que requiera tener acceso al secreto bancario?

1 Sí

2 No

En caso de ser sí, indique cual \_\_\_\_\_



## REFERENCIAS

- Aubert, M. (1984). The limits of Swiss banking secrecy under domestic and international law. *Berkeley Journal of International Law*, 2(2), 273-297.
- Banco Mundial. (2012, 12 de setiembre). *Repensar el papel del Estado en el ámbito financiero, aconseja el Banco Mundial* [Comunicado de prensa]. Recuperado de <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2012/09/13/rethink-role-state-finance-says-world-bank>
- Bartels Villanueva, J., y Arias Alpízar, L. (2010). El secreto bancario. Aspectos históricos y problemática actual. *Diálogos Revista Electrónica*, 11(2), 71-88. <http://dx.doi.org/10.15517/dre.v11i2.581>
- Castañeda, J. E. (1969). El contrato bilateral. *Derecho PUCP*, (27), 61.
- Cervini, R. (2016). El elemento estatutario del secreto como instrumento de efectiva realización de las garantías. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (1), 55-81.
- Coaquira, A. (2014, 20 de agosto). Procuraduría solicitó levantar secreto bancario de «Los Cuellos Blancos del Puerto». Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/1301868-cuellos-blancos-puerto-procuraduria-solicito-levantar-secreto-bancario-integrantes-organizacion-criminal>
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Yufra Puma, R. (2014, 30 de diciembre). Solicitan levantar secreto bancario: Ministerio Público investiga a 35 personas y pide revisar sus cuentas. *Correo* (p. 3). Moquegua.
- De La Haza Barrantes, A. (2018). *Levantamiento del secreto bancario* [Presentación]. PLA 2018 X Congreso Internacional de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.
- Dunant, O., y Wassmer, M. (1988). Swiss bank secrecy: Its limits under Swiss and international laws. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 20(2), 541-575. Recuperado de <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol20/iss2/6>
- Enrique Odero, M. G. (2017). Secreto bancario. *Revista Electrónica Direito e Sociedade - REDES*, 5(2), 221-228. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6182132>
- Fernández, F. (2018, 14 de setiembre). Solicitan levantar el secreto bancario del fiscal Enrique Dávalos por caso «Los Llagales». *Correo*. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/edicion/>

piura/solicitan-levantar-el-secreto-bancario-del-fiscal-enrique-davalos-por-caso-los-ilegales-841770/

- Gestión. (2016, 19 de febrero). Lava Jato: piden levantar el secreto bancario de 24 empresas. Recuperado de <http://www.imacorpmediosdigitales.com/PRENSA/2016/FEBRERO/PERUPETRO/19-02-2016%20PERUPETRO/POLITICA/GESTION%20ECONOMIA%2015%20LAVA%20JATO%20PIDEN%20LEVANTAR%20EL%20SECRETO%20BANCA- RIO%20DE%2024%20EMPRESAS%2019-02-2016.jpg>
- Gibson, S. (2017). Swiss bank secrecy---their lips say yes, but their eyes say no. *Forbes*. Recuperado de <https://www.forbes.com/sites/taxanalysts/2017/04/05/switzerland-their-lips-say-yes-but-their-eyes-say-no/#1a9779ff5783>
- Is the era of banking secrecy over? [Página web]. (s. f.). Financial Secrecy Index. Recuperado de <https://www.financialsecrecyindex.com/faq/is-the-era-of-banking-secrecy-over>
- Mejía Huaraca, M. (2018, 4 de setiembre). Fiscal solicitará levantamiento del secreto bancario de Kenji Fujimori. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/fiscal-solicitar-levantamiento-secreto-bancario-kenji-fujimori-noticia-552902>
- Mendoza, R. (2018, 26 de enero). Lava Jato: Levantan secreto bancario y telefónico a 19 exfuncionarios. *Correo*. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/politica/lava-jato-levantan-secreto-bancario-telefonico-exfuncionarios-799662/>
- Redacción Gestión. (2018, 2 de marzo). *The Economist*: Un centro bancario busca reinventarse a sí mismo. *Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/mundo/the-economist-centro-bancario-busca-reinventarse-228411>
- Sheppard Castillo, K. (2014). El régimen FATCA y sus principales aristas de aplicación en el Perú. *Derecho PUCP*, 0(72), 103-124. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/9772>
- Shields, M. (2018). Era of bank secrecy ends as Swiss start sharing account data. *Reuters*. Recuperado de <https://www.reuters.com/article/us-swiss-secrecy/era-of-bank-secrecy-ends-as-swiss-start-sharing-account-data-idUSKCN1MF130>
- Swiss say goodbye to banking secrecy [Artículo]. (2017, 1 de enero). *SWI swissinfo.ch*. Recuperado de [https://www.swissinfo.ch/eng/business/tax-evasion\\_swiss-say-goodbye-to-banking-secrecy-/42799134](https://www.swissinfo.ch/eng/business/tax-evasion_swiss-say-goodbye-to-banking-secrecy-/42799134)
- Traverso Cuesta, D. (2013). El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional. *Ius Et Veritas*, (47), 318-331. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11949/12517>
- Vergara Blanco, A. (1988). Sobre el fundamento del secreto bancario. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, 38(194), 363-390.

Williams, O. (2019). Secret banking secrecy became extinct one year ago today. *Forbes*. Recuperado de <https://www.forbes.com/sites/oliverwilliams1/2019/10/05/secret-banking-secrecy-became-extinct-one-year-ago-today/#556ff5d05cb8>

Zhao, G. (2014). Why Swiss Banks Can't Be as Secretive in 2014 as 1934. *Global Financial Integrity*. Recuperado de <https://gfintegrity.org/swiss-banks-confess-banking-secrecy/>