

LA TUTELA DEL DEBIDO PROCESO EN LA APERTURA DEL SECRETO BANCARIO AL CONTRIBUYENTE

*THE GUARANTEE OF DUE PROCESS WHEN
WAIVING BANK SECRECY PROVISIONS TO
TAXPAYERS*

LICDA. PRISCILLA SÁNCHEZ CONEJO

- Licenciada en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Especialista en Convenios para Evitar la Doble Imposición por la Universidad de Economía y Negocios en Viena, Austria.
- Especialista en Política Económica por la Universidad de Oxford, Reino Unido.
- Candidata a la Maestría de Derecho Tributario Internacional, por la Universidad de Oxford, Reino Unido.

2

LA TUTELA DEL DEBIDO PROCESO EN LA APERTURA DEL SECRETO BANCARIO AL CONTRIBUYENTE

THE GUARANTEE OF DUE PROCESS WHEN WAIVING BANK SECRECY PROVISIONS TO TAXPAYERS

Resumen

El acto de apertura del secreto bancario para el contribuyente, fue aprobado en el 2012, mediante la reforma del artículo 615 del Código de Comercio de conformidad con la Ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal. En el transcurso de una década, ha quedado demostrado que la laxa legislación que sustenta la apertura del secreto bancario, le ha otorgado una amplia discrecionalidad a la Administración Tributaria, para solicitar la apertura del secreto bancario, de forma arbitraria, en contienda directa con los derechos y garantías del contribuyente. En la actualidad, existe un proyecto de ley en la corriente legislativa, que pretende modificar el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, para tutelar el debido proceso en la apertura del secreto bancario, y considerar esta como una medida, de carácter excepcional.

Abstract

The waiving of bank secrecy provisions to taxpayers, entered into force in 2012, through the amendment of Section 615 from the Commerce Code, according to Law N.º 9068 Law for Fiscal Transparency Standard Compliance. A decade has gone by, and somehow it has been evident that the legislation that entitles the waiving of bank secrecy provisions has turned out to be lax, and has

granted a wide discretion to the Tax Administration, to be entitled to request the waiving of bank secrecy provisions, without factual and legal background, against the taxpayers' basic rights. Nowadays, there is a bill in Congress, that attempts to amend Section 106 ter from the Tax Standards and Procedures Code, in order to guarantee the due process, and settle this action, as exceptional rather than ordinary.

Palabras clave

Secreto bancario, debido proceso, acto administrativo, transparencia fiscal, potestad de control y fiscalización, administración tributaria.

Key words

Bank secrecy, due process, administrative act, fiscal transparency, control and audit entitlement, tax administration.

Sumario

I. Introducción. II. La naturaleza jurídica del acto administrativo que dicta la apertura del secreto bancario. a. El acto administrativo de apertura del secreto bancario, como un acto preparatorio. b. Los elementos objetivos del acto administrativo a partir de la apertura del secreto bancario. III. La incidencia de la carga de la prueba en el procedimiento de apertura del secreto bancario. IV. La

aplicación del derecho a no auto incriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*), en la apertura del secreto bancario. V. Proyecto de ley en corriente legislativa para tutelar el debido proceso en la apertura del secreto bancario

I. Introducción

La apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario en Costa Rica, fue validada mediante la modificación del artículo 615 del Código de Comercio. En el año 2012, se aprobó la ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, como parte de las solicitudes expresamente realizadas a Costa Rica, para ingresar como país miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La redacción de la ley, hasta antes de esta reforma establecía: “las cuentas corrientes bancarias son inviolables [...] Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras”.

La reforma propuesta por la ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, establecía la adición de la frase: “o la Dirección General de Tributación autorizada al efecto”, al final del artículo. De esta forma, se dotaba ahora de la legitimación necesaria a la Administración Tributaria, para solicitar la información bancaria del contribuyente. La ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, a su vez introdujo, con su publicación el 28 de septiembre de 2012 en el diario oficial La Gaceta, la adición del artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el cual a criterio de la Administración Tributaria, establecía el procedimiento para la apertura del secreto bancario.

El procedimiento de apertura del secreto bancario en Derecho Tributario se aprobó hace poco más de una década en Costa Rica, sin embargo, la legalidad de este procedimiento ha sido cuestionada, como

resultado de un proceder procesal basado únicamente en una serie de interpretaciones arbitrarias por parte de la Administración Tributaria, sin ningún sustento técnico que ha dejado a los contribuyentes, en un alto grado de indefensión. Lo cierto, es que el acto de apertura del secreto bancario ante el Tribunal Contencioso Administrativo, se distanciamucho de la teoría del acto administrativo, precisamente, porque ha imperado en la Administración Tributaria, un afán recaudatorio in extremis, que ha prevalecido sobre la tutela del debido proceso, y la tutela de garantías mínimas del contribuyente, como administrado.

En este mismo sentido, es importante destacar que en concordancia con la reforma introducida por la ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, fue aprobada la ley N.º 9069 Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria. Esta ley introdujo precisamente el denominado capítulo II Derechos de los Contribuyentes. Este nuevo capítulo establecía, como primer derecho del contribuyente el “derecho al debido proceso y al derecho de defensa de los sujetos pasivos, en los procedimientos ante la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal Administrativo”. No obstante, para efectos de interpretar el debido proceso, deben entenderse una serie de conceptos jurídicos, a fin de determinar si estos se cumplen como elementos objetivos o presupuestos de subsunción fáctica.

De esta forma, para efectos de entender el debido proceso en la apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario, debe comprenderse, en primer lugar, la naturaleza jurídica del acto administrativo que lo dictamina. Asimismo, debe conocerse como opera la carga de la prueba en el Derecho Tributario, y en particular en los procesos determinativos y sancionatorios. Finalmente, es necesario abordar la comprensión del principio: *nemo tenetur se ipsum accusare* o lo que es lo mismo: el principio que tutela el derecho a no auto incriminarse. Todo lo anterior, debe valorarse a efectos de identificar la tu-

tela o no del debido proceso en la apertura del secreto bancario en Derecho Tributario, en particular en lo referente a los procesos administrativos y sancionatorios.

II. La naturaleza jurídica del acto administrativo que dicta la apertura del secreto bancario

El acto administrativo que se emite a efectos de dictaminar la apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario, debe entenderse como un acto administrativo preparatorio. En este sentido, el acto administrativo preparatorio, puede interpretarse como un acto previo e integrativo, del acto administrativo final o definitivo. En el caso del Derecho Tributario, y el procedimiento en particular, el acto administrativo final o definitivo es el traslado de cargos y observaciones. La principal diferencia entre un acto administrativo preparatorio y un acto administrativo final o definitivo, consiste en que este último, es el cimiento que otorga validez y eficacia al procedimiento administrativo. Lo anterior, en tanto el acto administrativo final es el que despliega el procedimiento per se y sus fases recursivas.

a. El acto administrativo de apertura del secreto bancario, como un acto preparatorio.

El acto administrativo, del cual emerge la apertura del secreto bancario, es un acto administrativo preparatorio. Este acto, se considera como un acto administrativo preparatorio, en tanto está incluido dentro de un proceso de control tributario o fiscalización realizado al contribuyente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y el artículo 41 y 114 del Reglamento de Procedimiento Tributario. La Administración Tributaria, tiene la potestad durante el periodo de prescripción, entre cuatro y diez años, de verificar que el cumplimiento formal y material de la obligación tributaria, sea acorde a Derecho, para lo que puede recurrir al procedimiento determinativo.

El procedimiento determinativo, es precisamente, el proceso abreviado mediante el cual, la Administración Tributaria, ejerce la potestad de control tributario a posteriori, a efectos de determinar que las obligaciones tributarias del contribuyente han sido autoliquidadas de forma exacta. Para estos efectos, la Administración Tributaria, está legitimada para requerir información a efectos de determinar la exactitud o inexactitud del cumplimiento de las obligaciones tributarias. En este procedimiento, la Administración Tributaria está legitimada, además a emitir actos administrativos preparatorios, que servirán para dar validez y eficacia al acto administrativo final o definitivo¹, siendo este, el traslado de cargos y observaciones, que reajusta el monto de la obligación tributaria declarada y pagada.

El inicio procedimiento determinativo se da a partir de la emisión y notificación del acto administrativo inicial, denominado: Comunicación de inicio de actuación fiscalizadora de comprobación e investigación. En dicho acto administrativo, se informa y notifica al contribuyente sobre el inicio formal de la fiscalización, y con esto los impuestos que serán fiscalizados (impuesto sobre las utilidades, impuesto sobre el valor agregado, retenciones por remesas al exterior, etc.) y sus respectivos periodos fiscales. Este acto administrativo, se considera válido, siendo que está legitimado por el artículo 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y eficaz, en tanto tiene efectos jurídicos, como es la interrupción de la prescripción tributaria.

Es posible afirmar que, en el proceso deter-

¹ Jinesta Lobo, E. (2009). Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. San José, Costa Rica: IUS Consultec S.A. Página 428-429. "El acto definitivo, denominado por nuestra Ley General de la Administración Pública como "acto final", resuelve el fondo de la cuestión planteada. Ortiz Ortiz, definió magistralmente, la categoría del acto bajo examen, de la siguiente forma: «El acto definitivo es el que se resuelve sobre el fondo del problema planteado por la necesidad administrativa o la petición del particular, y produce efecto externo creando una relación entre la Administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular»".

minativo de la obligación tributaria, existen una serie de actos administrativos preparatorios. Así, por ejemplo, los requerimientos de información emitidos de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Estos actos administrativos preparatorios tienen como fin, obtener información del contribuyente que sea de «transcendencia tributaria», en respeto al marco de legalidad, a efectos de determinar el cumplimiento formal y material de la obligación tributaria. Es importante aclarar que, si no se cumple con el suministro de información supra referido, esto resultará en la imposición de una multa pecuniaria por resistencia a las actuaciones de control tributario.

Lo anterior, remite en consecuencia a la naturaleza del acto administrativo preparatorio, que dicta la apertura del secreto bancario. En virtud de lo anterior, se debe destacar que la emisión de este acto administrativo preparatorio, es ampliamente discrecional, por parte del auditor, quien representa a la Administración Tributaria. Lo antes expuesto implica que no se requiere de ningún presupuesto subjetivo ni objetivo, para efectos de requerir la información del contribuyente a las entidades financieras, de conformidad con lo estipulado actualmente en el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Esto, presupone una vulneración al debido proceso, siendo que los parámetros de apertura del secreto bancario, pareciesen ser inciertos, lo cual es contrario a la seguridad jurídica que debe prevalecer en cualquier relación jurídica, máxime cuando se trate de una relación del administrado frente al Estado.

La solicitud de apertura del secreto bancario al contribuyente se remite al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este tribunal es el encargado de validar lo actuado por la Administración Tributaria, a fin de autorizar la notificación de la solicitud del requerimiento de información a las entidades financieras. No obstante, cabe aclarar que el vacío en la norma legal (Artículo 106 ter del Código de

Normas y Procedimientos Tributarios) no les permite a los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo, realizar una validación de los elementos objetivos del acto administrativo. Lo anterior, en consecuencia, resulta en el primer flagelo al debido proceso, siendo que un acto administrativo de suma relevancia, como es la apertura del secreto bancario, no contempla, dentro de su contenido, la totalidad de los elementos objetivos del acto administrativo.

b. Los elementos objetivos del acto administrativo a partir de la apertura del secreto bancario.

La Ley General de la Administración Pública, establece con particular detalle, los elementos objetivos del acto administrativo, independientemente que este sea preparatorio o final. Así, la validez del acto administrativo preparatorio o final requiere la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos. En particular referencia a los elementos objetivos, el artículo 131 de este cuerpo normativo, establece el primer elemento siendo este el fin del acto administrativo. El segundo elemento objetivo, se encuentra contemplado en el artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública, en donde se hace referencia al contenido del acto administrativo y finalmente, el artículo 133 de ese mismo cuerpo normativo, el cual se refiere al motivo, como último elemento objetivo.

En particular referencia al acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, o solicita la apertura del secreto bancario, es evidente que el primer elemento objetivo del acto administrativo, siendo este el fin, es manifiesto. El fin del acto administrativo, persigue un interés legítimo de ejercer la potestad de control tributario, verificar la transparencia fiscal, y aumentar la recaudación. De ahí que resulta indubitable que el acto administrativo preparatorio de requerimiento de información del contribuyente a las entidades financieras, se nutra del ejercicio de una finalidad legítima y de interés público,

cual es el resguardo de la Hacienda Pública o Erario Público.

Por otra parte, con respecto al contenido, del acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, en particular, el contenido, es definido por Jinesta Lobo², como: «lo que el acto administrativo declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas». Es decir, para efectos del contenido de este acto en particular, este puede inferirse como una orden o mandato coercitivo dirigido a las entidades financieras, para que estas brinden la información solicitada, so pena de la aplicación de la sanción establecida.

La referencia final de los elementos objetivos del acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, es el motivo. El motivo, de acuerdo a Jinesta Lobo³, contiene «los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo, y sobre las cuales la Administración Tributaria entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de este. El motivo, o como también se le denomina causa o presupuesto, está constituido por los antecedentes jurídicos y fácticos que permiten ejercer la competencia casuísticamente, su ausencia determina la imposibilidad de ejercerla, exclusivamente para el caso concreto».

En concordancia con lo anterior, es importante destacar que el acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, carece del elemento objetivo correspondiente al motivo. Lo anterior, se evidencia a partir de la lista taxativa de requisitos establecidos en el artículo 106 ter del Código de

Normas y Procedimientos Tributarios, dentro de los cuales no se incluyen los “presupuestos jurídicos y fácticos”. Nótese que la norma, en su inciso e) únicamente requiere un detalle de hechos y una explicación de por qué la información es “previsiblemente pertinente para efectos tributarios”, lo cual concede un amplio margen a la Administración Tributaria de presentar cualquier razonamiento, que no necesariamente sea un motivo jurídicamente válido.

La apertura del secreto bancario, se ha entendido como una excepción a la protección de datos, tutelada por el Artículo 24 de la Constitución Política de Costa Rica. En virtud de lo anterior, esta medida tan invasiva de la privacidad del contribuyente debería ser una medida excepcional a la que los funcionarios auditores de la Administración Tributaria deberían recurrir como *ultima ratio*. Es decir, la solicitud de información del contribuyente a las entidades financieras, debe ser una medida, que además de estar debidamente fundamentada y razonada, resulte de la imposibilidad que ha enfrentado la Administración Tributaria, de tener acceso a la información del contribuyente, cuando este expresamente se ha rehusado a cooperar en ese sentido.

La evidente ausencia del motivo, como un presupuesto en la apertura del secreto bancario en materia tributaria, deja al contribuyente en un evidente estado de indefensión, frente a la potestad de control, fiscalización y recaudación del Estado. De ahí que una de las falencias con respecto al debido proceso en la apertura del secreto bancario del contribuyente, se supedita a la ausencia del motivo, como elemento objetivo del acto administrativo preparatorio, que solicita la entrega de la información financiera del contribuyente. Lo más reprochable, es que la norma, aun y cuando es defectuosa, sigue vigente, protegida como una medida instrumental para el ejercicio de las potestades de control, fiscalización y recaudación del Estado, sin olvidar mencionar la voracidad fiscal de este.

2 Jinesta Lobo, E. (2009). Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. San José, Costa Rica: IUS Consultec S.A. Página 507.

3 Jinesta Lobo, E. (2009). Op. cit. Página 504.

Conclusivamente, la tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario, existirá sí y solo sí la norma jurídica intervenga como garante de la exigencia de motivación del acto administrativo preparatorio, como presupuesto objetivo sine qua non en la emisión de dicho acto. De esta forma, el debido proceso estará realmente sustentado en la ponderación entre la potestad de fiscalización y recaudación y las garantías mínimas, amparadas en el principio de legalidad que el contribuyente, en su condición de administrado debe tener. Lo anterior, en tanto, el afán de recaudación del Estado, nunca puede ser más ni relevante ni ir en detrimento de los derechos fundamentales del contribuyente.

III. La incidencia de la carga de la prueba en el procedimiento de apertura del secreto bancario

El procedimiento administrativo con respecto al reajuste de la carga tributaria, comprende el proceso determinativo, y el sancionatorio. El proceso determinativo, tiene como fin el recálculo del monto de impuestos a pagar por parte del contribuyente. El proceso sancionatorio, por su parte, es precisamente, el monto pecuniario que se impone en la forma de una sanción, como resultado de la omisión de ingresos dejados de pagar al fisco. En ambos procesos, tanto en el proceso determinativo, como en el proceso sancionatorio, el contribuyente tiene la carga de la prueba, de conformidad con lo estipulado en el artículo 140 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y el artículo 78 y 79 del Reglamento de Procedimiento Tributario.

El artículo 140 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, establece que «la carga de la prueba incumbe a la Administración Tributaria respecto de los hechos constitutivos de la obligación tributaria material, mientras que incumbe al contribuyente respecto de los hechos impositivos, modificativos o extintivos de la obligación tributaria. En este sentido, corresponderá a este último, según sea el caso, demostrar los hechos o

actos que configuren sus costos, gastos, pasivos, créditos fiscales, exenciones, no sujeciones, descuentos y en general, los beneficios fiscales que alega existentes a su favor». En consecuencia, es evidente que le corresponde al contribuyente probar todo lo que alegue, y a la Administración Tributaria, únicamente imputar el presunto incumplimiento de la obligación tributaria.

Es importante destacar que, en adición a lo anterior, la Administración Tributaria, ha adoptado además la interpretación con respecto a la prueba de “previsiblemente pertinente”, lo que le facultada a requerir cualquier tipo de documento, a efectos de validar que se ha cumplido con la obligación tributaria. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁴, determinó que la información “previsiblemente pertinente”, corresponde a: «información, para efectos tributarios, que se requiera para la administración, determinación cobro o verificación de cualquier impuesto, exención, remesa, tasa o gravamen, cuando pueda ser útil para el proceso de fiscalización o para la determinación de un eventual incumplimiento, en materia tributaria de materia penal o administrativa».

Lo relevante, de la carga de la prueba con respecto a la solicitud del requerimiento de información a las entidades financieras, deviene en la facultad que tiene la Administración Tributaria de interpretar la existencia de presuntas obligaciones tributarias, a partir de la información obtenida de la entidad financiera. En virtud de lo anterior, la Administración Tributaria, por ejemplo, estaría legitimada para incoar al contribuyente, y solicitarle que pruebe por qué cada uno de esos ingresos representados en su cuenta bancaria, corresponden o no a ingresos que debieron considerarse como gravables para efectos de uno o varios impuestos. De no probarlo, podría entonces hacer un recálculo de impuesto sobre base presunta.

⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00541 – 2021 del 09 de marzo de 2021.

En adición a lo anterior, es importante recordar que, a la Administración Tributaria, le asiste el principio *in dubio pro fisco*, de forma tal que, ante el advenimiento de una duda, con respecto a si un ingreso era o no gravable, la disputa será resuelta por este principio, que determinará *a priori*, que el ingreso debió haber sido considerado como gravable. Esta ventaja procesal resulta altamente gravosa para el contribuyente, considerando además, que la solicitud de apertura del secreto bancario en materia tributaria, no requiere de una motivación del acto administrativo preparatorio, y en adición a esto, le asiste a la Administración Tributaria, la potestad de tener acceso a transacciones bancarias e imputar el cobro de impuestos, invitando al contribuyente a desvirtuar esta presunción, con la prueba que la Administración Tributaria considere pertinente.

Es indubitablemente notorio, que el debido proceso en la apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario, resulta altamente desproporcionado, como resultado de la ausencia de garantías procesales pragmáticas que tutelen los derechos del contribuyente, en su condición de administrado. Es necesario en consecuencia, que, ante la inversión de la carga de la prueba, y la presunción pro fisco que le asiste a la Administración Tributaria, se tutele el debido proceso, lo cual solo se puede lograr exigiendo, por medio de una reforma legislativa, que la Administración Tributaria, motive el acto administrativo que solicita la apertura del secreto bancario, de forma tal que esta no se vuelva una medida recurrente o instrumental para tener acceso a información sensible, como lo son las cuentas bancarias y sus transacciones.

No puede existir un debido proceso que se entienda como ponderado entre la Administración y el administrado, ni se entienda como garante de la imparcialidad de los derechos y garantías del contribuyente, cuando el acto administrativo preparatorio de solicitud de información a entidades financieras, o como se le conoce: el acto administrativo preparatorio de la apertura del secreto,

es emitido con una amplia discrecionalidad por parte de la Administración Tributaria, a la cual la normativa tributaria, como norma especial que le rige, no le obliga a lo mínimo que requiere el acto administrativo, de conformidad con el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública, cual es motivar el acto administrativo.

En conclusión, tal cual afirma Torrealba Navas: «es legítimo que se atribuya al contribuyente la carga de la prueba sobre los elementos que implican una disminución de la carga tributaria o que evidencien su cumplimiento, siempre que ésta no sea imposible o extremadamente difícil». Por lo tanto, no debe inferirse la determinación de la carga de la prueba sobre el contribuyente, como una vulneración al debido proceso. No obstante, la determinación de la carga per se de la prueba sobre el contribuyente, sí debe inferirse como una violación al debido proceso, cuando la Administración Tributaria, de forma intransigente, suponga solicitar información o documentos probatorios, que no están disponibles o no existen.

IV. La aplicación del derecho a no autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*), en la apertura del secreto bancario.

El artículo 36 de la Constitución Política de Costa Rica establece que «en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo» como una tutela al derecho que establece que nadie puede ser coaccionado a declararse culpable. Lo anterior, debe entenderse desde la perspectiva del derecho humano a la no autoincriminación. En este sentido, explica Gatgens Gómez⁶: «el Derecho Humano a la no autoincriminación también conocido como el derecho a no declarar contra sí mismo (en latín: *nemo tenetur se ipsum accusare*), surge como reacción a la costumbre enraizada en los Estados donde ri-

5 Torrealba Navas, A. (2000). El Nuevo Régimen Sancionador Tributario. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas. Página 60.

6 Gatgens Gómez, E. (2019). Derecho Penal Tributario (Memorias Primeras Jornadas). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. Página 180.

gió el modelo inquisitivo, en los cuales se admitía, entre otros, la aplicación de la tortura contra la persona acusada, en aras de obtener su confesión, la cual revestía el carácter de prueba absoluta de culpabilidad. Lo anterior explica la razón por la cual la confesión fue vista en el modelo inquisitivo como la reina de las pruebas (“Regina probationum”)).

El derecho a no auto incriminarse no es aplicable al procedimiento determinativo, como se le conoce al procedimiento mediante el cual, la Administración Tributaria procura un reajuste del monto declarado, en tanto este proceso se lleva a cabo en la vía administrativa. Lo anterior es relevante, para efectos de la apertura del secreto bancario, en tanto este acto administrativo preparatorio, por lo general está precedido de una serie de requerimientos de información realizados al contribuyente. Es decir, el contribuyente no está facultado a rehusarse a facilitar la información solicitada por la Administración Tributaria, cualquiera que esta sea. En caso que el contribuyente se rehusase a facilitar la información solicitada por la Administración Tributaria, esta estará facultada para aplicar la sanción correspondiente de conformidad con el artículo 82 y 83 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Es importante aclarar que el procedimiento determinativo, se lleva a cabo en vía administrativa. En este procedimiento se emitirán una serie de actos administrativos preparatorios (por ejemplo, la Propuesta de Regularización) y el acto definitivo o final, siendo este el Traslado de Cargos y Observaciones. No obstante, cabe mencionar que la nueva determinación de la obligación tributaria por parte de Administración Tributaria, lleva consigo el procedimiento sancionatorio, como proceso accesorio al procedimiento determinativo. El principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sin embargo, no protege al contribuyente en tanto, dichas actuaciones por parte de la Administración Tributaria, son llevadas a cabo en la vía administrativa, en donde esta entidad, se encuentra legitimada a ejercer su potestad de control, fiscalización y recau-

dación, sin que pueda mediar el alegato de este principio por parte del contribuyente.

Por su parte, el acto administrativo preparatorio que dicta la solicitud de apertura del secreto bancario, es un acto que puede emitirse como parte de las facultades que tiene la auditoría tributaria en vía administrativa. En tanto, esta solicitud se lleva a cabo en la vía administrativa, no le asiste al contribuyente ninguna posibilidad de oponerse mediante algún instrumento procesal a la apertura del secreto bancario. Es más, este acto administrativo preparatorio, se notifica al contribuyente una vez que la solicitud haya sido ejecutada, de forma tal que se restringe de forma abrupta, no solo la posibilidad de impugnar dicho acto, sino que además, no le es aplicable la tutela del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, en particular, en lo que se refiere a que la información obtenida en las cuentas bancarias del contribuyente, la cual no es subsumible en el alegato que establece que no puede ser información utilizada contra sí mismo.

En concordancia con lo expuesto, no sólo no le ampara ningún derecho o garantía constitucional al contribuyente para evitar la apertura del secreto bancario, bajo presupuestos completamente subjetivos, sino que además la información obtenida de las cuentas bancarias, puede ser utilizada en contra del contribuyente. Lo anterior, no solo es viable para la Administración Tributaria, sino que se ha utilizado como medida discrecional de la auditoría de la Administración Tributaria, la cual ha prescindido de la información previamente presentada por el contribuyente, y ha optado por realizar el recálculo de impuestos, con base en las transacciones realizadas por el contribuyente. Lo anterior, en una evidente disociación, entre los ingresos gravables y no gravables, que deben definirse para efectos de la imputación de un recálculo de la obligación tributaria.

De esta forma, el contribuyente se encuentra en total indefensión ante el procedimiento de apertura del secreto bancario por tres

razones en particular: a) la apertura del secreto bancario se lleva a cabo sobre la base de presupuestos subjetivos, sin que impere la necesidad de exponer las razones de hecho y de derecho que llevaron a la apertura del secreto bancario, como ultima ratio. b) la apertura del secreto bancario, es llevada a cabo en sede administrativa, por lo que no le asiste al contribuyente las garantías del proceso penal, tales como el principio nemo tenetur se ipsum accusare y el principio de inocencia. Finalmente, c) la información obtenida por la Administración Tributaria, no tiene ninguna limitación con respecto a si esta puede ser usada o no, y en qué términos en contra del contribuyente.

En este sentido, es importante conmemorar lo resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁷, en una sentencia redactada por el magistrado Román Solís Zelaya, en la que el jurista explicaba que la independencia del Derecho Administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley General de la Administración Pública, hacía improcedente la aplicación en un procedimiento administrativo, aun y cuando este fuese sancionatorio, de los principios del Derecho Penal (principio de inocencia, principio de no autoincriminación, etc.). De esta forma, dado que la naturaleza del proceso de apertura del secreto bancario, obedece al Derecho Administrativo, este acto está

7 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00212-F-S1- 2021 del 11 de febrero de 2015. Como es conocido, la autonomía del Derecho Administrativo deriva de la disposición 9 de la LGAP, la cual establece su independencia de otras ramas del derecho. El canon 6 ibídem, crea también una jerarquía especial para este ámbito del derecho. En esa línea, una aplicación irrestricta de los principios del Derecho Penal al régimen sancionatorio administrativo es improcedente, por cuanto está subordinada a la inexistencia de normas y decretos propios del Derecho Administrativo, más aún, en el caso concreto, del Derecho Tributario. La implementación de sanciones como parte del ejercicio de las potestades administrativas, ha sido dispuesta como un mecanismo para la obtención de fines públicos específicos. Su rigidez en esta materia es menor que aquella que se requiere en los asuntos penales, pues, es claro que responde a motivos diversos. Aunque en ambos escenarios sancionatorios, subyace el deseo de asegurar el respeto de las garantías individuales, también debe tenerse en cuenta, que la transferencia de las figuras del Derecho Procesal Penal al Derecho Administrativo debe considerar y, en consecuencia, ajustarse al fin público que en cada caso se persigue.

supeditado, a sus principios, y no le son vinculantes los principios de otras ramas del Derecho, aun y cuando estos sean más beneficiosos para el contribuyente, en su condición de administrado.

Conclusivamente, la solicitud de apertura del secreto bancario para ante el Tribunal Contencioso Administrativo, es un acto administrativo preparatorio, que no está tutelado por el principio nemo tenetur se ipsum accusare. Si bien el acto administrativo en cuestión, presupone el acceso a información sensible del contribuyente, este acceso está legitimado por el ordenamiento jurídico vigente, en particular, el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Si bien la Administración Tributaria, tiene una norma jurídica que avale su accionar, esta debe someterse a lo que establece la norma in extremis, es por esto que se requiere una modificación en la norma jurídica actual, de forma tal que se obligue a la Administración Tributaria, a fundamentar las razones de hecho y derecho, así como explicar por qué la apertura del secreto bancario, resulta ser el último recurso, como medio único para el proceso de reajuste de la base imponible.

V. Proyecto de ley en corriente legislativa para tutelar el debido proceso en la apertura del secreto bancario

Actualmente existe un proyecto de ley en la corriente legislativa, bajo el expediente N.º 23.366 denominado: "La tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario por parte de la Administración Tributaria". Este proyecto de ley, pretende modificar el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, a efectos de dotar de garantías mínimas al contribuyente, ante la eventual apertura del secreto bancario. Este proyecto de ley tiene como principal referencia en lo resuelto por la sección V el Tribunal Contencioso Administrativo mediante sentencia N.º 92.2015-V^a, en donde este Tri-

8 Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V. Sentencia N.º 92-2015 del 8 de setiembre de 2015. "Sobre esta conducta, este Órgano decisor estima que, precisamente la

bunal exhorta a la Administración Tributaria, inclusive determina que su accionar ha sido 'cuestionable', al haber solicitado la apertura del secreto bancario de un contribuyente, cuando esta tenía acceso a información adicional que le permitía realizar un cálculo o reajuste del impuesto.

El proyecto de ley supra citado (N.º 23.366), es el resultado del apoyo brindado a la legisladora, que presentó esta iniciativa, con la redacción del mismo. Precisamente, la redacción de este proyecto de ley, procura dotar de un marco de legalidad a la autoridad judicial que resuelve en el Tribunal Contencioso Administrativo, para que estos, así, puedan exigir a los funcionarios de la Administración Tributaria, que se motive el acto administrativo, que solicita la apertura del secreto bancario. Es decir, este proyecto de ley, procura restringir cualquier solicitud antojadiza o arbitraria por parte de la Administración Tributaria, que tal como sucede el día de hoy, permita tener acceso a información sensible y vulnerable del contribuyente. Es importante destacar que siendo que este acto es una excepción al Artículo 24 de la Constitución Política, su proceder debe ser altamente restringido.

En este sentido, el acto administrativo que solicita la apertura del secreto bancario del contribuyente, puede emitirse, sin que medie alguna sospecha de evasión fiscal o fraude

noción que tuvo el Auditor en el sentido de que, el resultado de su actuación fiscalizadora arrojaba márgenes de utilidad bastante elevados, y que por ello podría no ajustarse a la realidad, ligado al hecho de que, de los depósitos bancarios, incluyó unos como ingresos, excluyendo otros, basado en suposiciones, exigía del funcionario, y por ende de la Administración Tributaria un cuestionamiento de los elementos que tomo en cuenta para establecer la existencia de un incremento patrimonial no justificado, y replantear la actuación fiscalizadora. También resulta cuestionable la conducta de la Administración, al inclinarse por presumir como incremento no justificado del patrimonio de la demandante la totalidad de los depósitos en sus cuentas corrientes y a partir de esa información establecer una diferencia en la base imponible, cuando en los traslados de cargos indica que una de las razones por las que se atendió la denuncia anónima formulada contra la actora y que originó la fiscalización, fue que del estudio de control cruzado a través de las fórmulas D151, se logró establecer una diferencia en las ventas declaradas por la demandante, y las reportadas por sus compradores".

a la Hacienda Pública. Es decir, la Administración Tributaria está facultada para solicitar la apertura del secreto bancario de cualquier contribuyente, que esté, eso sí, siendo fiscalizado, indicando únicamente el nombre, número de identificación (cédula física o cédula jurídica) y domicilio, como señala la norma jurídica actualmente "en la medida que se conozca". Adicionalmente debe describir un detalle de los hechos o circunstancias que motivan el proceso de fiscalización. Es evidente que la solicitud de apertura del secreto bancario, no requiere como presupuesto mínimo, la fundamentación fáctica, en concordancia con la jurídica para justificar, la apertura del secreto bancario, como una medida excepcional.

En concordancia con lo anterior el proyecto de ley, bajo el expediente N.º 23.366, propone tres cambios fundamentales en la redacción del artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En primer lugar, establece que la información obtenida, a través de la apertura del secreto bancario debe ser "indispensable", para continuar con la fiscalización o realizar el recálculo del impuesto. En la actualidad, la norma justifica la apertura del secreto bancario, en tanto la información obtenida es "previsiblemente pertinente para efectos tributarios". En este sentido, cabe destacar que la Administración Tributaria, ha utilizado este calificativo de "previsiblemente pertinente para efectos tributarios", para justificar la solicitud de cualquier tipo de información, aun aquella que por el paso del tiempo no está disponible. De ahí, la necesidad de sustituir "previsiblemente pertinente para efectos tributarios" por «indispensable».

Por otra parte, en segundo lugar, la reforma propuesta introduce la adición del inciso g), el cual establece que se deben: «Fundamentar las razones de hecho y de derecho que obliguen a la Administración Tributaria a solicitar la información del contribuyente a las entidades financieras. Esta fundamentación deberá expresar por qué los requerimientos de información hechos al contribuyente fue-

ron insuficientes dejando como único remedio procesal la solicitud de información del contribuyente a las entidades financieras, como medida excepcional». De esta forma, la redacción propuesta en la reforma planteada consagra lo estipulado en el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública, en relación al motivo o la motivación como requisito o presupuesto sine qua non y como elemento objetivo, que debe sustentar la emisión de todo acto administrativo.

En concordancia con lo anterior y, en tercer lugar, la reforma propuesta plantea que el contribuyente debe ser notificado de la apertura del secreto bancario, dentro de los tres días hábiles posteriores a la ejecución de dicha medida. En la actualidad, no existe la obligación para con el contribuyente de notificarle, ni por parte de la entidad financiera, ni por parte de la Administración Tributaria, cuando el secreto bancario le ha sido abierto. De esta forma, el contribuyente se entera, una vez que la Administración Tributaria, le apercibe sobre la adición de este acto al expediente, para lo que puede transcurrir un tiempo indeterminado. De esta forma, el derecho a ser notificado, es parte fundamental del debido proceso y si bien, no se pueden entorpecer las potestades de control, fiscalización y recaudación de la Administración Tributaria, con una notificación previa, tampoco se pueden violentar los derechos del contribuyente, al omitir la notificación.

En conclusión, la apertura del secreto bancario es un acto administrativo preparatorio, no obstante, esta condición de ser preparatorio, no le dispensa del imperativo de estar conformado por los elementos objetivos del acto administrativo como lo son el contenido, el fin y el motivo. En la actualidad, la apertura del secreto bancario al contribuyente, por parte de la Administración Tributaria, es ampliamente discrecional. Si bien es cierto, que no se deben entorpecer las potestades de control, fiscalización y recaudación de la Administración Tributaria, también es cierto, que, frente al Estado, el contribuyente debe tener un bloque de legalidad, que tutele,

al menos de forma mínima, sus derechos y garantías constitucionales. Es necesaria una reforma al artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, de forma tal que el contribuyente no esté en una posición tan vulnerable, tal cual se encuentra ahora.

Bibliografía

Gatgens Gómez, E. (2019). Derecho Penal Tributario (Memorias Primeras Jornadas). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. Página 180.

Jinesta Lobo, E. (2009). Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. San José, Costa Rica: IUS Consultec S.A. Página 507.

Proyecto de Ley N.º 23.366: La tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario, reforma al Artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Torrealba Navas, A. (2000). El Nuevo Régimen Sancionador Tributario. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas. Página 60.

Resoluciones

Resolución No. 00212-F-S1-2021 (2015, 11 de febrero). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución No. 00541 – 2021 (2021, 09 de marzo). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia No. 92-2015 (2015, 8 de setiembre). Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 12 / 1, Agosto 2023

Costa Rica