



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

“EVOLUCIÓN DEL SECRETO BANCARIO EN URUGUAY”

Por:

- **DR. RODOLFO MEZZERA AGUIRRE**
- **CR. CARLOS RUIZ LAPUENTE**

Tesis de

MASTER EN DERECHO TRIBUTARIO

**Tutor Académico Juan Ignacio Fraschini
Montevideo, (fecha completa de la entrega
final).**

ÍNDICE

1) <u>Introducción: Marco jurídico Conceptual</u>	pág. 7.
2) <u>Contexto del Negocio Bancario en Uruguay</u>	pág. 7.
a- <u>Contexto Nacional</u>	pág. 7.
b- <u>Contexto Internacional</u>	pág. 9.
3) <u>Contexto del Negocio Bancario: Régimen anterior a la Ley de Intermediación</u>	pág. 10.
a- <u>La Constitución Uruguaya</u>	pág. 10.
b- <u>El Código Penal Uruguayo</u>	pág. 11.
c- <u>El Código Civil Uruguayo</u>	pág. 11.
d- <u>Ley N° 11.924 del 27 de marzo de 1953, art. 79</u>	pág. 12.
4) <u>El régimen del Decreto-ley N° 15.322 de Intermediación Financiera</u> ..	pág. 12.
a) <u>Ámbito Subjetivo</u>	pág. 14.
b) <u>Ámbito Objetivo</u>	pág. 14.
1. <u>Operaciones bancarias</u>	pág. 14.
2. <u>Las informaciones confidenciales</u>	pág. 15.
5) <u>Modificaciones al régimen del Secreto Bancario, posterior a la Ley de Intermediación Financiera</u>	pág. 19.
a- <u>Ley N° 17.963</u>	pág. 19.
b- <u>El art. 53 de la Ley de Reforma Tributaria, Ley N° 18.083</u>	pág. 20.
c- <u>Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.54</u>	pág. 21.
d- <u>El art. 54 de la Ley N° 18.083, en su nuevo texto dado por el Artículo 15 de la Ley No. 18.718, del 24 de diciembre de 2010</u>	pág. 23.
1. <u>Materia Penal</u>	pág. 25.
2. <u>En Materia Civil</u>	pág. 28.
3. <u>Materia Internacional</u>	pág. 34.
e- <u>Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.55</u>	pág. 36.

f- <u>Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.56</u>	pág. 37.
g- <u>Ley N° 17.948</u>	pág. 38.
h- SAFIS.....	pág. 39.
1. Introducción	pág.39.
2. La reforma Tributaria.....	pág. 40.
3. Decreto 94/10.....	pág. 41.
i- El Decreto N° 282/2011	pág. 42.
j- <u>Ámbito Internacional</u>	pág. 44.
6) <u>ÁMBITO INTERNACIONAL - LA OCDE-</u>	pág. 44.
a- <u>Características</u>	pág. 44.
1. <u>Caso Suizo</u>	pág. 46.
2. <u>Situación Actual de Uruguay</u>	pág. 47.
b- <u>Transparencia e intercambio de información fiscal</u>	pág. 48.
c- <u>Funcionamiento del sistema de evaluación del Foro Global</u>	pág. 49.
d- <u>Criterios de evaluación del PRP</u>	pág. 51.
e- <u>Consecuencias de la evaluación</u>	pág. 52.
f- <u>Situación del Uruguay en el marco del PRP</u>	pág. 53.
7) <u>La OCDE, el Secreto Bancario y la Constitución (Sergio Abreu)</u>	pág. 55.
8) <u>Acuerdo suscrito por Argentina y Uruguay para el intercambio de información tributaria y método para evitar la doble imposición</u>	pág. 57.
1. <u>Génesis del acuerdo firmado</u>	pág. 57.
2. <u>Alcance del intercambio de información</u>	pág. 59.
a- <u>Contenido de la información a intercambiar</u>	pág. 59.
b- <u>Autoridades competentes</u>	pág. 62.

c- <u>Formalidades de la requisitoria</u>	pág. 62.
d- <u>Procedimiento interno</u>	pág. 63.
1- Control de regularidad por la propia autoridad nacional.....	pág. 64.
2- Información vinculada al Secreto Bancario.....	pág. 65.
3- Obtención de información y vista previa a la decisión de envío....	pág. 66
e- <u>Confidencialidad</u>	pág. 67.
i) Método para evitar la doble imposición	pág. 67.
ii) Entrada en vigor y vigencia	pág. 72.
9) <u>Nominalización de acciones al portador de las Sociedades Anónimas</u>	pág. 73.
1. Acciones al portador y acciones nominativas	pág. 73.
1.1 <u>Acciones al portador</u>	pág. 74.
1.2. <u>Acciones nominativas</u>	pág. 75.
1.3 <u>Emisión de acciones nominativas</u>	pág. 78.
1.4 <u>Acciones nominativas endosables</u>	pág. 78.
1.5 <u>Acciones nominativas no endosables</u>	pág. 79.
1.6 <u>Diferencias entre las acciones nominativas y las acciones al portador</u>	pág. 79.
2. Sociedades que quedan sujetas a la obligación de informar	pág. 80.
2.1. Entidades exceptuadas de informar.....	pág. 81.
3. Procedimiento para informar	pág. 81.
3.1. <u>Cometidos del BCU</u>	pág. 82.
3.2. <u>Cometidos de la AIN (artículo 4)</u>	pág. 84.
4. Sanciones	pág. 85.
4.1. Sanciones a accionistas.....	pág. 85.
4.2. Multa (artículo 8 literal B).....	pág. 85.
4.3. Sanciones a las sociedades.....	pág. 85.

4.4. Sanciones a los representantes (artículo 9 inciso final)...pág. 86.

10) Conclusiones.....pág. 87.

11) Bibliografía.....pág. 89.

1) Introducción: Marco jurídico Conceptual

Si nos referimos al secreto bancario, debemos abordar su concepto y contenido vinculados especialmente con el respeto por la libertad de los individuos.

En la medida que entendemos a la actividad financiera como una actividad ligada a la seguridad y confiabilidad, el banco se convierte casi automáticamente en un confidente del cliente; un profesional de la actividad financiera en la cual ese cliente deposita su confianza.

La actividad de intermediación financiera, regulada y controlada por los estados; por su importancia y por incidir en variables de la economía relevantes en el proceso de captación del ahorro público, así como los profesionales que la desarrollaban, hacían que el cliente históricamente pudiera confiarle información y patrimonio.

Al decir de ALBANELL, este secreto es "*...un derecho para el cliente que engendra para el banquero una obligación negativa, una obligación de no hacer alguna cosa, una prohibición de comunicar, de revelar hechos conocidos por las relaciones de negocios con su cliente*". (ALBANELL MC CALL, Eduardo. Secreto Bancario. La Justicia Uruguay T. 51, p. 141).

La medida de la tutela de ese secreto, reposa y varía de acuerdo con cuestiones importantes que hacen a una política de Estado en un momento histórico específico, lo que en definitiva va a determinar el desarrollo del sistema financiero y la estabilidad del mismo.

Se trata entonces de conjugar dos cosas; por un lado la protección a la intimidad y por otro, una política de Estado en materia económico-financiera; dicha tarea no es para nada fácil.

2) Contexto del Negocio Bancario en Uruguay

a- Contexto Nacional

El secreto bancario ha sido uno de los pilares de la economía uruguaya, encontrándose en sus principios entre los más estrictos del mundo. Esto permite compararlo con la legislación vinculada a esta temática como por ejemplo Suiza.

El Estado uruguayo, analizando su legislación hasta el Decreto-Ley N° 15.322 ha querido tutelar un derecho del individuo, como ser el derecho a la intimidad económica de una persona, y a su vez un derecho colectivo, como es el de la economía pública, protegiendo de esta manera el sistema financiero vigente en nuestra nación.

Como expresa el profesor Milton CAIROLI, existen dos intereses jurídicos en juego. Uno de ellos privado, que hace prevalecer la intimidad de la persona, considerándose éste un derecho humano inherente a la personalidad humana; y otro, de carácter público, al cual se le atribuye menor importancia, pero que igualmente se encuentra protegido a través de la ley. Desde la creación de esta norma, se buscó proteger a las personas físicas y jurídicas, en la tutela de su patrimonio e intimidad personal, pero a su vez también se quiso fomentar una determinada imagen de los bancos uruguayos, sustentada en el valor de la discreción. Es lógico que un banco proteja a sus clientes, basado en el código básico que debe haber entre cliente y banco, en el secreto profesional, al igual que un abogado, médico u otro profesional que tenga que aplicar esta norma. Se protege la libertad individual de la persona, y en este caso también la del banquero, como profesional, dado que recibe información en virtud de su condición, hecho que está protegido, a su vez por nuestro Código Penal, el cual hace referencia a la revelación del secreto profesional.

Volviendo a la tipificación que establece el secreto bancario en Uruguay, desde 1982 son sujetos activos del delito toda persona pública, no estatal o privada que realice intermediación financiera, y también determinadas instituciones estatales la índole de sus operaciones. Estas estarán sujetas a la normativa, reglamentos y a los estrictos controles que realice el Banco Central del Uruguay.

El Decreto-Ley de Intermediación Financiera estipula que el secreto bancario puede ser levantado por orden judicial, pensión alimenticia o por el Banco Central, en ejercicio de sus facultades de contralor el cumplimiento de decretos que regulan la actividad de intermediación financiera. También puede ser develado si las demandas de rebaja del alquiler así lo requieran, según se prevé en el Art. 23 de la Ley 15.799, *“A los efectos de la aplicación de los artículos 16 a 19 y 63 del Decreto Ley No. 14.219, de 4 de julio de 1974, y del artículo 7° de la presente ley, no regirán en vía judicial las limitaciones probatorias establecidas en los artículos 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, y 47 del Código Tributario”*, las entidades pueden facilitar información para verificar la declaración de rebaja de alquileres, la obligación de

denunciar delitos según el Art. 177 del Código Penal, *“El Juez competente que, teniendo conocimiento de la ejecución de un delito, no interviniera o retardase su intervención, y el que no siendo competente, omitiere o retardare formular su denuncia, será castigado con la pena de tres meses a dieciocho meses de prisión. La misma pena se aplicará al funcionario policial que omitiera o retardare formular la denuncia de cualquier delito de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones, y a los demás funcionarios, en las mismas circunstancias, de los delitos que se cometieren en su repartición o cuyos efectos la repartición experimentara particularmente.*

Se exceptúan de la regla los delitos que sólo pueden perseguirse mediante denuncia del particular ofendido.

Constituye circunstancia agravante especial, respecto de los funcionarios públicos y en relación a los hechos que se cometieren en su repartición, el hecho de que se trate de los delitos previstos en los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 159, 160, 161, 162, 163 y 163 bis”.

(TEXTO DADO por el artículo 8 de la Ley No. 17.060); y Art. 6 de la Ley 14.095 *“(Omisión de los funcionarios en denunciar delitos económicos). El funcionario público que omitiera o retardara poner en conocimiento de las autoridades administrativas, si estuviese sometido a jerarquía, o penales competentes, en su caso, cualesquiera de los hechos descritos en los artículos 1º, 2º y 3º de esta ley, de los que tuviera conocimiento en razón de sus funciones, será castigado con la pena de seis meses de prisión a seis años de penitenciaría e inhabilitación especial de dos a seis años”.*

b- Contexto Internacional

Lo que hoy se entiende por **“secreto bancario”**, ha sido cuestionado y analizado recientemente, por los organismos internacionales económicos más importantes del mundo, como ser el G20 (Foro compuesto por los países más industrializados y emergentes del mundo, que trata tópicos vinculado al sistema financiero internacional) y la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

Los Estados, han aumentado los controles para prevenir el lavado de dinero, y proteger sus economías de la fuga de capitales y la evasión tributaria.

Estos fuertes cuestionamientos, tuvieron notoriedad pública, cuando se informó en el año 2008 que Uruguay se encontraba entre los países que no colaboran con la

transparencia e información suficiente, según el criterio de los Estados que integran la OCDE, organismo al cual dedicaremos un capítulo aparte.

A su vez el Banco Central del Uruguay, posee amplias facultades de control y supervisión para con los Bancos y entidades de intermediación financiera nacionales, las cuales son vigiladas por la Superintendencia de Banco, perteneciente al Banco Central del Uruguay.

El Uruguay se ha comprometido a adoptar los estándares de transparencia e intercambio de información de la OCDE, incluyendo lo que respecta al secreto bancario en casos de defraudación tributaria y sujeto a control de la Justicia.

No es una apertura total, ni una flexibilización sin límites a lo que ya establecía nuestra legislación, lo cual parece apropiado tomando en cuenta la soberanía de la nación como Estado independiente.

3) Contexto del Negocio Bancario: Régimen anterior a la Ley de Intermediación

Con anterioridad a la Ley de Intermediación Financiera, encontramos una ausencia de normativa especial en la materia;

a- La Constitución Uruguaya:

Establece en su artículo 7º, el derecho de las personas a ser protegidas en su libertad *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”*.

El artículo 28 de la carta magna consagra a su vez, la protección del derecho a la intimidad disponiendo la inviolabilidad de los documentos de los particulares *“Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”*.

Por su parte, el artículo 72 extiende las garantías constitucionales a todos los derechos que sean inherentes a la personalidad humana *“La enumeración de derechos,*

deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

En consecuencia, el derecho de la persona humana, a la propia intimidad y confidencialidad de su información personal se encuentra consagrado en normas de orden público uruguayo, estableciendo expresamente que dichos derechos sólo podrán ser limitados por leyes dictadas por razones de interés general.

b- El Código Penal Uruguayo:

En su artículo 302, redacción dada por la Ley No. 15.903, de fecha 10 de noviembre de 1987, en su artículo 216, establece el secreto profesional. *“El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a conocimiento, en virtud de su profesión, empleo, comisión, será castigado cuando el hecho causare perjuicio, con multa....”.*

El secreto bancario no es más que una especie dentro del género secreto profesional, pues se trata de datos que el banco recibe en razón de su empleo, de su propia actividad, por lo que resulta de recibo lo postulado por la doctrina penalista al respecto.

Así entonces, al decir de LANGÓN, el artículo 302 del Código Penal debe interpretarse en el sentido más amplio posible, ya que utiliza indistintamente los términos *"empleo"* o *"comisión"* que lo complementan, por tanto: *"por profesión debe entenderse cualquier oficio, actividad (intelectual o manual), arte, carrera u ocupación de una persona, en el curso de la cual se hubiere "impuesto" (como dice el antecedente italiano), enterado o conocido secretos de un tercero, que no le pertenecen al autor, y cuya revelación configura, cuando causare perjuicio, el delito en cuestión"*. (LANGÓN CUÑARRO, Miguel. Código Penal t. II vol. II. Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005, p. 195).

Por su parte y al respecto de este tema, CAIROLI expresa: *"Esto supone que existe una relación contractual entre cliente y profesional que asegura un deber de fidelidad entre ambos. El secreto profesional en sentido amplio, que es el que trata esta disposición del art. 302 es la manifestación de un particular a un profesional con el que ha trabado una relación por necesidad, y esta manifestación debe permanecer limitada a ellos dos y nadie más"* (CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. Curso de Derecho Penal Uruguayo t. III. Montevideo, FCU, 1 Ed., 1989, p. 212).

c- El Código Civil Uruguayo:

En su artículo N° 2.256, establece normas respecto del depósito, que puede interpretarse respecto del tema que nos refiere “*El depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo*”.

d- Ley N° 11.924 del 27 de marzo de 1953, art. 79:

Establece ciertos parámetros respecto de las cuentas bancarias con denominación impersonal: “*Las cuentas bancarias con denominación impersonal que, amparadas por el secreto bancario, mantengan los Bancos con sus clientes, estarán gravadas por el impuesto sustitutivo del de herencia creado por la Ley No. 3.648, de 16 de julio de 1910.*”

Los activos pertenecientes a estas cuentas invertidos o depositados en el extranjero, pero administrados por Bancos nacionales, pagarán el impuesto que establece el artículo 7° de la Ley No. 11.073, de 24 de junio de 1948, que reglamenta a las sociedades de inversión”.

Igualmente la costumbre en materia bancaria era guardar secreto respecto de las obligaciones entre el banco y el cliente, por las características particulares de la actividad como mencionáramos anteriormente.

Por estas razones, doctrinariamente, se consagraba dicha obligación; pero además, este uso bancario se incorporaba de alguna forma en los contratos entre el cliente y el banco como salvaguarda de los intereses de éste último.

Por tanto, con anterioridad al régimen legal vigente se protegían con el secreto, todos los hechos conocidos por el banquero en lo que hacía a la relación con el cliente por motivos de su actividad, comprendiendo esto las operaciones activas, pasivas y neutras; pero además toda otra información obtenida con motivo del negocio. Quedaban excluidos, los datos que se hubieran hecho públicos, así como toda otra información que no tuviera directa relación con el negocio.

El relevamiento del mismo se accionaba en aplicaciones de la llamada “*justa causa*” dejando abierto un abanico de interpretaciones que hacían este secreto muy vulnerable.

4) El régimen del Decreto-ley N° 15.322 de Intermediación Financiera

Cabe comenzar por destacar el particular panorama económico al tiempo de la sanción de esta norma, y su finalidad: **dar estabilidad al sistema**. En efecto, este Decreto-Ley se aprueba tras las vicisitudes y problemas financieros imperantes en nuestro país, como forma de prevenir una ulterior y mayor crisis económica. Promulgado el 17 de setiembre de 1982, procuró que la consagración de un secreto bancario estricto fuera una vía para afianzar las soluciones a la crisis bancaria.

Al respecto, dice OLIVERA GARCÍA: "*Cuando estalla la crisis financiera de 1982 y nuestro sistema bancario comienza a sufrir una pérdida creciente de depósitos, producto de la desconfianza en los depositantes frente al desenlace de la política tabular en materia cambiaria, el Gobierno adopta la decisión de enviar un mensaje de estabilidad a la plaza, con la finalidad de tranquilizar al mercado. Dicho mensaje consiste en la aprobación de la reforma del sistema financiero*" (OLIVERA GARCÍA, Ricardo. Bodas de Plata de la Ley de Intermediación Financiera. Montevideo, 2008).

El art. 25 del Decreto-Ley de Intermediación Financiera N° 15.322, del 17 de setiembre del 1982, establece:

"Las empresas comprendidas en los arts. 1 y 2 de esta ley, no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito, o cualquier otro concepto, pertenecientes a personas física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otras excepciones que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría".

Y los art. 1 y 2 del referido decreto refieren:

"Artículo 1°.- Toda persona pública no estatal o privada que realice intermediación financiera quedará sujeta a las disposiciones de esta ley, a los reglamentos y a las normas generales e instrucciones particulares, que dicte el Banco Central del Uruguay para su ejecución.

A los efectos de esta ley, se considera intermediación financiera la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos

Artículo 2º.- Las instituciones estatales que por la índole de sus operaciones queden comprendidas en esta ley, estarán igualmente sujetas a sus disposiciones, a los reglamentos y a las normas generales e instrucciones particulares que dicte el Banco Central del Uruguay.

Para la aprobación o modificación de las cartas orgánicas y demás normas que rijan la actividad de las instituciones financieras del Estado, se oirá previamente al Banco Central del Uruguay”

a) Ámbito Subjetivo

En primer lugar, el artículo 25 refiere a las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 de la Ley.

Están obligadas a guardar secreto según el Decreto-Ley 15.322, las entidades que realizan actividad de intermediación financiera, definida como la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos.

Entendiendo como principal actividad de intermediación financiera la captación de ahorro público caracterizada por su indeterminación, quedan comprendidos en el ámbito subjetivo de la norma los bancos y las casas financieras, pero no otras empresas que estrictamente no realizan dicha actividad, como las casas de cambio u otras instituciones de servicios financieros.

Asimismo, están obligados por este deber de secreto los funcionarios que mantengan contacto con la información, en virtud a lo establecido por el Decreto 614/992 del 11 de diciembre de 1992.

b) Ámbito Objetivo

1. Operaciones bancarias

En cuanto a su objeto, la norma protege los datos sobre depósitos y también la información confidencial que se tenga sobre el cliente. En este punto la doctrina se ha cuestionado si el secreto ampara únicamente a las operaciones pasivas, (esto es, cuando

el banco es deudor), o también a las activas, como por ejemplo el préstamo. Por un lado, CERVINI, BERGSTEIN y RODRÍGUEZ OLVIERA sostuvieron la amplitud de la norma, abarcando todos los supuestos. RIPPE y OLIVERA GARCÍA, entre otros autores, por el contrario, mantuvieron que la protección incluía únicamente a las operaciones pasivas. (RIPPE, Siegbert. Secreto Bancario. Montevideo, FCU, 2005).

La Ley 17.948 del 8 de enero del 2006, como forma de culminar estas discusiones, aclaró en su artículo primero que el secreto bancario alcanza a todas las operaciones pasivas *“Artículo 1º.- (Operaciones amparadas por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322).- El secreto profesional instituido por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, ampara exclusivamente las operaciones bancarias pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera y toda otra operación en la que éstas asumen la condición de deudores, depositarios, mandatarios o custodios de dinero o de especie respecto de sus clientes, sin perjuicio del amparo de toda la información confidencial recibida del cliente - tanto en relación a operaciones pasivas como activas- comprendida también en la citada norma”*.

Sin embargo, luego agrega: *"sin perjuicio del amparo de toda la información confidencial recibida del cliente —tanto en relación a operaciones pasivas como activas— comprendida también en la citada norma"*.

Por lo tanto, la exclusión de las operaciones activas del amparo del secreto bancario no es total, y, aún si así fuera, quedarían igualmente comprendidas en la tutela del secreto profesional que realiza nuestro Código Penal que ya nos hemos referido oportunamente.

Entendemos que la tutela del secreto implica la protección de un derecho fundamental, por lo tanto, abarcaría a todas las operaciones en tanto impliquen la adecuada garantía de la intimidad del cliente. Aún así, la información crediticia en las operaciones pasivas recibe incuestionable amparo por parte de la norma, mientras que, en cuanto a las activas, deja abierto a la consideración de la confidencialidad de la información para su divulgación.

2. Las informaciones confidenciales

A continuación, en la segunda frase, el art. 25 establece una segunda prohibición al disponer que *"Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales recibidas de sus clientes, o sobre sus clientes"*.

VILLEGAS afirma que *"por informaciones debe entenderse toda "noticia" o "dato" referente al cliente, que obre en poder de la entidad, ya sea referente a su persona como a su patrimonio. Especialmente las manifestaciones de bienes "que los clientes hacen a las entidades para poder operar con ellas"*.

En igual sentido PEREZ FONTANA explica que las informaciones *"son actos que provienen directamente de los interesados con la finalidad de realizar una operación, o provenientes de terceros con la finalidad de asesorar al banquero sobre las cualidades morales y patrimoniales de una persona que desea contratar con el banquero"*. (PEREZ FONTANA, Sagunto F., "Operaciones bancarias, responsabilidad del banquero, secreto bancario, cajas de seguridad", Fundación de Cultura Universitaria, Mdeo 1992).

En consecuencia las informaciones confidenciales a que se refiere el art. 25 son todas aquellas que obtiene el banquero para decidir si realiza o no una, o más, operaciones con un sujeto. La norma delimita claramente los dos conceptos tal como se dan en la práctica bancaria: acopio de información con vistas a realizar operaciones, esto es, vincularse contractualmente con el futuro cliente, a lo que deben agregarse también las informaciones que se van obteniendo mientras la relación banco-cliente se desarrolla (por ej. evolución patrimonial de la empresa, negocios concertados con terceros, etc.).

Fue también éste, el contenido y alcance que el legislador tuvo presente al momento de redactar la norma. Explicando el alcance del artículo, el consejero Praderi expresaba que: *"El Banco, para conceder el crédito, habrá dispuesto de determinada información, que es secreta. Pero el otorgamiento de un crédito a un particular o a una empresa, no está incluido en el secreto,..."*(Diario de Sesiones, tomo 34, pág. 137, 59ª Sesión Ordinaria, 14/09/82).

Esta estructura, es decir, la distinción de las operaciones por un lado y las informaciones que se reciben, por otro, como dos conceptos distintos, ya había sido utilizada por SUPERVIELLE, muchos años antes de dictarse el artículo, al estudiar el objeto de la obligación de guardar secreto donde distingue por un lado las operaciones (activas y pasivas) que vinculan al cliente con la institución, y por otro las informaciones de que tienen conocimiento los bancos (balances, etc.). (Supervielle, Bernardo; "El depósito bancario", Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho, Mvdeo. 1960, pág. 202).

También, la ley argentina N° 21.256 del 26 de marzo de 1976, hacía igual distingo en su art. 39 al disponer que "*las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones que realicen ni las informaciones que reciban de sus clientes*". Actualmente esto fue modificado por la ley 24.144 del 23 de setiembre de 1992, que dispone que: "*Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que se realicen*".

Estas dos últimas referencias, no se traen a colación como un elemento interpretativo directo del texto del art. 25, sino simplemente como forma de demostrar que la comprensión lógica de esos conceptos coincide con el sentido natural que ellos tienen en la práctica bancaria, por un lado las operaciones bancarias (de base contractual), y por otro las informaciones que se obtienen con vistas a realizar las mismas, o como consecuencia de su desarrollo.

Sin perjuicio de los otros argumentos que más adelante se expondrán, por ahora podemos concluir, en base a lo dispuesto por los arts. 17 y 18 del Cód. Civil Uruguayo, que en la economía del art. 25, los conceptos de "*operaciones*" e "*informaciones confidenciales*" son absolutamente distintos y ninguno de ellos contiene al otro.

“Artículo 17. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción.

Artículo 18. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Por otra parte, continuando con el análisis del artículo 25 del referido Decreto-Ley, se consagran en el mismo diversas excepciones: **1)** la autorización expresa y escrita del cliente amparado; **2)** la resolución fundada de la justicia penal; y **3)** la resolución fundada de la justicia competente en casos de obligación alimentaria.

La evolución legislativa estableció ulteriores flexibilizaciones como fueron los casos de las leyes N° 17.016 del 22 de octubre de 1998 y N° 17.835 del 23 de setiembre

del 2004, que permitió el levantamiento del secreto bancario en casos vinculados con el combate al lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

No obstante estas excepciones, la regla tuitiva de la intimidad financiera es clara y sancionada fuertemente, siendo sus limitaciones una excepción. Esto permitió, de acuerdo al marco histórico ya expuesto, desarrollar la confiabilidad del sistema financiero siendo el secreto bancario una verdadera norma de orden público. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia expresó: "*... se entiende que la delimitación legal precisa del deber de guardar reserva en esta materia; es otra de las notas imprescindibles para prestigiar a nuestro país como un centro financiero seriamente organizado*". (Sentencia Suprema Corte de Justicia Número 430/995, del 2 de Agosto de 1995).

OLIVERA GARCÍA señala: "*En esta materia, nuestro derecho se ubica entre los regímenes más estrictos en cuanto a la protección del secreto bancario, el cual no cede ante la justicia civil y sólo lo hace ante la justicia penal o ante la justicia competente, en caso de estar en juego una obligación alimentaria, estableciéndose además en estos casos estrictas formalidades que debe observar el magistrado actuante*". (OLIVERA GARCÍA, Ricardo. Manual de Derecho Bancario Uruguayo, t. 1, p. 202).

Por lo tanto, el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 consagró el deber de reserva sobre la información bancaria, que no solamente recae sobre todos los datos emanados de las operaciones pasivas, sino también sobre la información confidencial de toda operación llevada a cabo con el cliente, con limitadas excepciones, siempre con la garantía de una resolución expresa y fundada de un juez, y, por último, con una importante sanción, que además de ser civil o administrativa, es de índole penal.

La prohibición legal incluye a las denominadas operaciones pasivas, es decir cuando la institución está en papel de deudor de su cliente (caso del depósito, con obligación de devolver en la misma especie y cantidad) y también las informaciones confidenciales recibidas por los clientes o sobre sus clientes.

Este nuevo sistema implicó un replanteo del régimen general relativo al secreto bancario que va a tener su punto más fuerte en las formas de relevarlo.

Tal como lo mencionábamos, las causas de su relevamiento establecidas en la ley eran muy estrictas y solo procedía en los siguientes casos:

- a) Autorización escrita del interesado;
- b) Resolución fundada de la justicia penal;
- c) Resolución de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria, por resolución fundada;
- d) Además el Banco Central del Uruguay (BCU) para poder cumplir con sus funciones, y la Ley N° 15.903 que facultaba a la Inspección General de Trabajo a revelar el secreto por infracciones cometidas por las empresas.

Ante esta rigidez casi absoluta, el secreto ofrecía algunos problemas para la Administración Fiscal. En los casos de Justicia Extranjera, la misma debe a través de un exhorto solicitar al Juez nacional, el relevamiento del mismo, que procederá de acuerdo con las excepciones citadas si entiende que existe mérito para ello y mediante resolución fundada.

A pesar de que la ley no cumplió su objetivo, en tanto no previno la crisis, instituyó un secreto bancario rígido, caracterizado por alcanzar a la información crediticia de las operaciones pasivas y a la confidencial de las activas, por establecer restrictivas excepciones, y por consagrar una sanción trascendente que garantizó el respeto por la norma. Así entonces, esta normativa trajo tranquilidad y sensación de protección en el sistema, a pesar de no impedir la crisis financiera de la época. Sin embargo, se proyectó en el tiempo como un ancla de desarrollo del sistema bancario, haciendo que el país generara un sector financiero de cara al país y a la región.

5) Modificaciones al régimen del Secreto Bancario, posterior a la Ley de Intermediación Financiera

Dentro de las modificaciones que han surgido en estos últimos años, y que han transformado el sistema establecido por la legislación hacia una flexibilización del tema, podemos destacar algunas de las más importantes:

- a- Ley N° 17.963:

Promulgada el 19 de mayo del 2006, establece la obligación de las instituciones bancarias de informar al Banco Central del Uruguay las cuentas que tengan las personas y/o empresas que tienen juicios entablados por el Banco de Previsión Social (BPS).

“ARTICULO 15.- Facúltase al Banco de Previsión Social bajo resolución fundada a solicitar, en los juicios ejecutivos que inicie para hacer efectivo el cobro de los tributos que recauda, el embargo de las cuentas bancarias de las empresas, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón social del demandado. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay, quien lo hará saber a la red bancaria nacional. Esta, en caso de tener cuentas abiertas a nombre del ejecutado, deberá informarlo a la sede judicial en un plazo de 3 (tres) días hábiles a efectos de proceder al embargo específico”.

Por otra parte el BPS, deberá informar a la Sede judicial correspondiente, las cuentas que tenga dicha persona, con lo que se le otorgan al fisco potestades que antes no tenía.

Lo mismo sucede con el embargo genérico en cuentas bancarias, que salvo como vimos en el art 290 de la Ley N° 15.903, del 10 de noviembre de 1987, respecto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), cualquier solicitante debía proporcionar los datos exactos de la cuenta, ya que de lo contrario se violaba el secreto, y además quién proporcionara el número de cuenta, debía probar como lo había obtenido. Por ejemplo, si el fisco conocía los datos del contribuyente parece lógico que ante el incumplimiento pida el embargo sobre dicha cuenta.

“Artículo 290. Facúltase a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social a solicitar, en los juicios ejecutivos que inicie para hacer efectivo el cobro de las multas impuestas, el embargo de las cuentas bancarias de las empresas, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón social del demandado. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay, quien lo hará saber a la red bancaria nacional. Esta, en caso de tener cuentas abiertas a nombre del ejecutado, deberá informarlo a la sede judicial en un plazo de tres días hábiles a efectos de proceder al embargo específico”.

b- El art. 53 de la Ley de Reforma Tributaria, Ley N° 18.083:

Permite a la Dirección General Impositiva (DGI) celebrar acuerdos con los contribuyentes, siempre y cuando éstos autoricen para un período determinado expresamente el relevamiento en operaciones e informaciones confidenciales.

“ARTÍCULO 53. Levantamiento voluntario del secreto bancario.- La Dirección General Impositiva (DGI) podrá celebrar acuerdos con los contribuyentes en los que éstos autoricen, para un período determinado, la revelación de operaciones e informaciones amparadas en el secreto profesional a que refiere el Artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

La autorización conferida por los contribuyentes en los términos del inciso anterior tendrá carácter irrevocable y se entenderá dirigida a todas las empresas comprendidas en los Artículos 1º y 2º del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

Para quienes otorguen la autorización referida en el inciso anterior, la DGI podrá reducir el término de prescripción de sus obligaciones tributarias. En tal caso, los términos de cinco y diez años establecidos por el Artículo 38 del Código Tributario, podrán reducirse a dos y cuatro años respectivamente”.

El beneficio que se otorga a estos contribuyentes si lo hacen, es otorgarles una reducción en los plazos de prescripción de sus obligaciones tributarias pasando estas de 5 y 10 años (art. 38 del Código Tributario) a 2 y 4 años respectivamente.

Al respecto corresponde cuestionar si es posible "canjear" plazos de prescripción breves por la no protección de la intimidad en algunos datos. También corresponde preguntarnos ¿cuál es la finalidad de esta reforma? A lo que responderemos que se intenta dar una mayor herramienta a la Administración Tributaria para cobrar sus créditos. En este nuevo marco, es necesario atender a la adecuada utilización de la normativa que realizan todos los operadores del sistema. Así entonces, resulta esencial considerar la situación del contribuyente, y la posibilidad de adoptar otra medida cautelar, trabando embargo sobre otros bienes, dejando como última medida la potestad consagrada por el artículo 54 de la Ley 18.083.

c- Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.54:

La Reforma Tributaria en su art. 54, permite levantar el secreto bancario ante la denuncia de defraudación solicitada por la Administración Tributaria en forma expresa

y fundada ante la Sede Penal. Asimismo, hace extensivo a la Dirección General Impositiva (DGI) la facultad que ya se le había conferido al Banco de Previsión Social de solicitar el embargo de cuentas bancarias, sin necesidad de especificar los datos de la cuenta, sino únicamente con la especificación del número de cédula de identidad del presunto deudor.

Por un lado, entonces, se agrega una causal más de excepción a las del artículo 25 del Decreto-Ley 15.322, como es el pedido fundado de la Administración Tributaria acompañado por la denuncia de defraudación. En este punto, y a pesar de que la norma no haga alusión al control judicial, como sí lo hace el artículo 25, debe interpretarse que es de precepto la intervención de la justicia y que ésta analice el cumplimiento de la debida fundamentación de dicho levantamiento, antes de habilitarlo.

Por tanto, esta flexibilización, es únicamente para determinados sujetos: los organismos fiscalizadores. De manera adicional, estos organismos cuentan, desde la Ley N° 18.083 con otro beneficio: el embargo de cuentas, sin especificar los datos de la misma. Esto, en forma indirecta, constituye otra excepción, ya que las instituciones de intermediación financiera deberán brindar la información bancaria ante la solicitud de la justicia civil.

Es necesario hacer aquí una breve mención a la trascendencia que tiene esta norma para el contribuyente, quien ante un pedido de embargo por parte de la Administración Tributaria se verá gravemente afectado.

El embargo de sus cuentas lo obliga a trabajar por fuera del circuito bancario, lo que en muchos casos implica la imposibilidad de continuar con su actividad comercial, no solo no podrá depositar su capital de giro sino que además no podrá descontar cheques y por ende, su cadena de pagos puede verse seriamente afectada.

Es por lo expuesto, que entendemos que el control jurisdiccional debe ser exhaustivo, atendiendo a los intereses del contribuyente, y procurando optar por la medida cautelar que, amparando al Fisco, le cause menores perjuicios al contribuyente. Es decir, que a nuestro juicio los Jueces deben analizar pormenorizadamente si la medida cautelar de embargo de cuentas bancarias no debe ser una ultima ratio y dejar la medida para casos extremadamente graves. En definitiva, las herramientas que se le conceden a la Administración Tributaria deberían beneficiar a todos, y en su adecuada utilización y ponderación se extraerá la eficacia del sistema.

d- El art. 54 de la Ley N° 18.083, en su nuevo texto dado por el Artículo 15 de la Ley No. 18.718, del 24 de diciembre de 2010:

“ARTÍCULO 54. (Levantamiento del secreto bancario).- Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada al amparo del Artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el Artículo 25 del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los Artículos 1 y 2” de dicha norma quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del Juez de la causa.

Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del Artículo 25 del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos.

También se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección General Impositiva y respecto de obligaciones tributarias no prescriptas, solicite en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil, toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas. Para dichas actuaciones será competente el Juez del lugar del domicilio de la persona física o jurídica titular de la información, entendiéndose a tales efectos, el domicilio constituido ante la administración tributaria o, en su defecto, el domicilio real. El Juez solo hará lugar a la solicitud cuando la administración tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo, y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones. La misma información, podrá ser solicitada por la administración tributaria, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la

dobles imposición, que se encuentren vigentes, debiendo indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada. Lo dispuesto en este inciso será de aplicación para informaciones relativas a operaciones posteriores al 1° de enero de 2011.

En el caso del inciso precedente, el proceso judicial de levantamiento del secreto bancario se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información. La demanda se presentará por escrito según lo dispuesto por los Artículos 117 y 118 del Código General del Proceso, y se tramitará por el procedimiento incidental regulado en el Artículo 321 de dicho Código, con las siguientes modificaciones: a) la providencia que confiere el traslado de la demanda deberá notificarse en un plazo de tres días a contar de su dictado, y b) en el caso en que sea necesaria la realización de una audiencia, la misma deberá realizarse en un plazo máximo de treinta días a contar de la contestación de la demanda o del vencimiento del plazo previsto.

El Juez dictará sentencia haciendo lugar o denegando la solicitud de levantamiento del secreto bancario, a cuyos efectos tendrá en consideración la prueba diligenciada y todas las circunstancias del caso. La sentencia será apelable por cualquiera de las partes. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo de la providencia impugnada y se regirá por lo dispuesto en el Artículo 254 numerales 1) y 2) del Código General del Proceso. Evacuado el traslado de la apelación o vencido el plazo correspondiente, el Juzgado deberá remitir el expediente al Superior en un plazo de cinco días hábiles. El Tribunal de Apelaciones deberá resolver en acuerdo, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los autos. Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno.

Las costas y costos se regularán por lo dispuesto en el Artículo 56.1 del Código General del Proceso.

En el caso previsto en el inciso tercero del presente artículo, el Banco Central del Uruguay dará cumplimiento a lo ordenado dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la recepción de la comunicación de la orden del juzgado competente. Las empresas referidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, deberán proporcionar la información requerida en un plazo de quince días hábiles contados desde la comunicación del Banco Central.

Vencido este último plazo el Banco Central del Uruguay deberá proporcionar a la Dirección General Impositiva la información recabada en un plazo de cinco días

hábiles. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones previstas en el Capítulo V del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

A los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, las empresas comprendidas en los Artículos 1 y 2 del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas cuando exista una orden expresa del Juez competente según lo establecido en este artículo.

Cuando se tramiten solicitudes de levantamiento de secreto bancario el proceso judicial deberá mantenerse reservado para terceros distintos del solicitante y del titular de la información”.

1. Materia Penal:

Faculta a los bancos para que sean relevados de su obligación de reserva toda vez que la Administración Tributaria presente “una denuncia fundada” ante el Juzgado Penal.

La Administración Tributaria al presentar una denuncia al amparo del artículo 110 del Código Tributario (CT) puede solicitar en forma expresa y fundada a la Justicia Penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

La primera apreciación es que el pedido de información bancaria debe realizarse conjuntamente con una denuncia penal por el delito de defraudación tributaria. Es decir que la Administración no podrá solicitar dicha información a la Justicia Penal, para a partir de los datos obtenidos analizar si pueden existir elementos probatorios a los efectos de presentar una denuncia penal.

El pedido de levantamiento del secreto bancario no puede convertirse en una instancia de búsqueda de información del presunto infractor, sino que debe servir al Juez Penal como un mecanismo probatorio, máxime cuando dicha información solo podrá ser analizada por el Magistrado, no teniendo la Administración Fiscal acceso a los datos obtenidos con dicha medida.

Cuando se habla de Administración Tributaria se incluye a la DGI y al Banco de Previsión Social al no existir una distinción al respecto, como sí existe en el caso de la solicitud de levantamiento de secreto bancario ante la Justicia Civil donde se dice a

texto expreso que únicamente puede solicitarlo el Director General del Rentas como veremos más adelante. Por otra parte, el artículo 110 del Código Tributario (CT) resulta aplicable a todos los tributos amparados por el CT (El artículo 1 del CT señala que "*las disposiciones de este Código son aplicables a todos los tributos, con excepción de los aduaneros y los departamentales. También se aplicarán, salvo disposición expresa en contrario, a las prestaciones legales de carácter pecuniario establecidas a favor de personas de derecho público no estatales...*"), es decir tanto los administrados por la DGI como por el Banco de Previsión Social.

Entendemos que la reforma contenida en los dos primeros párrafos del artículo 54 de la Ley de Reforma Tributaria que se comenta con la modificación introducida por el Parlamento, no implica un cambio sustancial en relación con el régimen existente en el artículo 25 del Decreto Ley 15322. En efecto, en el régimen anterior la Justicia Penal siempre podía levantar el secreto bancario si entendía que a los efectos de obtener la semiplena prueba del delito era necesaria la información bancaria. La principal diferencia con el régimen anterior es que el silencio del Juez Penal o del Fiscal transcurrido el plazo de 30 días hábiles, tiene un efecto jurídico que es considerarse levantado el secreto bancario. No cabe más que criticar esta solución pues entendemos que el derecho a la intimidad protegido constitucionalmente, no puede decaer por el mero no hacer de un Juez Penal, por lo que consideramos que en este aspecto la norma resulta inconstitucional.

Esta norma en sustancia no importa un cambio trascendental con el régimen existente hasta el 2007, fecha en que se introduce esta norma en la Reforma Tributaria aprobada por la ley N° 18.083.

Naturalmente que en la resolución fundada dando noticia criminal al amparo del artículo 110 del CT, debe analizarse por parte de la Administración Tributaria si existen elementos indiciarios que hagan presumir la existencia de un delito. No se podrá solicitar por la vía oblicua de la denuncia penal información bancaria como un medio de obtener la prueba que la Administración Tributaria no fue capaz de diligenciar durante la etapa investigativa en el ámbito administrativo.

Como se recordará el artículo 110 del CT señala "*El que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener, para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este*

delito se perseguirá a denuncia de la Administración Tributaria, mediando resolución fundada".

La Administración Tributaria deberá, para hacer la denuncia ante la Justicia Penal, fundar su petición y establecer los indicios por los que entiende que puede existir la comisión de la conducta típica en cuestión.

Si solicita —adicionalmente— al amparo del artículo 110 del CT el levantamiento del secreto bancario, deberá previamente haber fundado su acto, haber dado vista previa al contribuyente al amparo del artículo 46 del CT, y haber analizado elementos probatorios y fácticos por los que entiende que existe una posible conducta criminal del contribuyente y que en la información bancaria pueden existir elementos probatorios adicionales a los que no ha accedido, que resultarán de trascendencia para que la Justicia Penal pueda determinar la existencia o no de un delito.

Como se desprende del artículo 110 del CT, el delito de defraudación tributaria, contiene una suerte de condición previa de procedibilidad, ya que hace que el Juez Penal no puede iniciar la actuación a menos que exista denuncia de la Administración Tributaria mediando resolución fundada.

“Artículo 110. (Defraudación tributaria).- El que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener, para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.

Este delito se perseguirá a denuncia de la Administración Tributaria, mediando resolución fundada”. (TEXTO DADO por el Artículo 23 del Decreto Ley No. 15.294, de 23.6.1982).

Si bien se discute en doctrina si estamos ante una instancia del ofendido o ante una condición de procedibilidad, lo cierto es que se requiere de un acto administrativo debidamente fundado para que la justicia penal pueda comenzar a investigar la posible comisión de un delito. La denuncia resulta esencial para comenzar a instruir la actuación judicial, pero no para obtener pruebas en el marco del proceso penal por lo que entendemos —reiteramos— que la norma contenida en los párrafos primero y segundo de la norma que se analiza, no contiene un cambio sustancial en las reglas de juego preexistentes en relación con el secreto bancario en el ámbito penal.

Por otra parte, se le impone al Juez Penal o al Fiscal competente un plazo perentorio de 30 días hábiles para expedirse, y de no mediar pronunciamiento en contrario, se entenderá que el deber de reserva se encuentra fictamente levantado.

Es importante destacar que el Juez Penal o el Fiscal pueden, previo a otorgar el levantamiento de la información diligenciar nuevas probanzas o directamente negar la petición si entiende que la misma no procede.

Entendemos y esperamos que los Jueces Penales y los Fiscales nacionales en lo penal sean exigentes al momento de analizar la petición de la Administración Tributaria imponiendo a la misma, el deber de probar que la información bancaria solicitada es de esencia a los efectos de examinar la comisión de un presunto delito, evitando que la solicitud de la información sea simplemente para "*completar*" la prueba que la Administración no pudo obtener o no quiso diligenciar en otra etapa.

En caso que transcurra el plazo de 30 días perentorios o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, el Juez de la causa debe dar curso a la solicitud comunicando al Banco Central del Uruguay para que recabe de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos.

En definitiva, de mediar una actitud proactiva y garantista por parte de los jueces somos de la opinión que la norma consagrada en esta materia no difiere en nada respecto del artículo 25 del Decreto Ley N° 15.322.

2. En Materia Civil:

A partir del 1 de enero de 2011, también se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras, y respecto de obligaciones tributarias no prescriptas, solicite en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil, toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas.

En estos casos será competente el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil del lugar del domicilio de la persona física o jurídica titular de la información a tales efectos, se tomará en cuenta el domicilio constituido ante la Administración Tributaria o, en su defecto, el domicilio real.

El texto establece que el Juez sólo hará lugar a la solicitud cuando la Administración Tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo, y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones.

En primer lugar, es necesario preguntarnos quién puede presentar esta solicitud y respecto a qué información, esto es cuál es el objeto y sujetos de la pretensión. Según el texto aprobado por el Parlamento será el Director General de Rentas quien podrá solicitar a la Justicia Civil el levantamiento del secreto bancario. Esto importa un cambio respecto de la norma originalmente remitida por el Poder Ejecutivo al Parlamento según pudimos ver, y ello por cuanto los legisladores entendieron que esta medida era una medida ciertamente limitante de los derechos individuales y por tanto se quería que la solicitud fuera acompañada de la firma del jerarca máximo de la DGI. Así lo solicitó el Colegio de Abogados del Uruguay en sesión de la Cámara de Senadores del 2 de setiembre de 2010 quien remarcaba este punto requiriendo que la solicitud *"contenga algunos presupuestos esenciales y no sea formulada, por ejemplo, por un mero equipo inspectivo, sino por un jerarca que dicte un acto administrativo por el cual solicite, con fundamentos, el levantamiento del secreto bancario de ese titular de la información: ese acto administrativo deberá ser concreto"* (Intervención del Dr. César Pérez Novaro).

La solicitud debe realizarse por el Director General de Rentas en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la DGI. Ello implica que deberá existir una instrucción administrativa previa, debe existir una orden de inspección dando comienzo al procedimiento respecto de un sujeto pasivo determinado, la producción de pruebas a los efectos de poder determinar sobre bases cierta el presunto tributo adeudado por el contribuyente.

Compartimos con LORENTE FERNANDEZ quien sostiene: *"que la DGI no puede hacer un uso indiscriminado de esta facultad, sino sólo cuando se encuentre en una actividad de fiscalización"*. (El secreto bancario ante la administración tributaria. Régimen actual y proyectado. Lorente Fernández, Gerardo Cita Online de la Leyonline: D3248/2010).

Lo podrá hacer respecto de obligaciones tributarias no prescriptas señala la ley. Ello implica que el Director de Rentas deberá fundamentar que las obligaciones

tributarias se encuentran no prescritas y el Juez de la causa deberá analizar como requisitos previo este punto. El Magistrado deberá analizar el fondo del asunto y no quedarse con una "*sumaria cognitio*" como veremos más adelante. Cuando habla de obligaciones no prescritas debemos referirnos a aquéllas obligaciones tributarias que no se hayan extinguido conforme a lo establecido por los artículos 38, 39 y 40 del CT, es decir, que no hayan transcurridos 5 o 10 años según corresponda al caso.

La solicitud del Director General del Rentas ante los Juzgados Civiles debe ser "*expresa y fundada*". Deberá fundamentar la petición "*narrando los hechos e invocando el derecho aplicable (ej. comprobaciones ya realizadas, obligaciones que se pretenden fiscalizar, relación causa — efecto entre la información bancaria que se pretende y lo que se fiscalizará, declaraciones juradas presentadas, tributos que se consideran que el contribuyente debió pagar, etc.)*" (Lorente Fernández, Gerardo en obra ya citada).

Las únicas instituciones respecto de las cuales se flexibiliza el Secreto, son las comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto — Ley N° 15.322, esto es, únicamente las instituciones de intermediación financiera ya que son las únicas que pueden realizar operaciones bancarias.

La Comisión de Hacienda del Senado expresamente analiza el punto arribando a la conclusión antes mencionada cuando establece: "*La Comisión ha entendido oportuno aprobar el proyecto tal como se redactara por el Senado y recomendar a la Cámara su aprobación, pese a que entiende que este artículo 15 merecería alguna modificación para precisar su alcance, en relación a la nómina de entidades obligadas por el artículo 54 de la Ley N° 18.083, en la redacción dada por este proyecto de ley (empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 15.322), se deberían incluir lógicamente también a las otras entidades financieras que por mandato legal tienen la misma obligación de secreto (por ejemplo empresas y agentes en la intermediación del mercado de valores)*".

En el texto aprobado se limita la hipótesis de levantamiento del secreto bancario únicamente a operaciones bancarias de cuenta corriente, cajas de ahorro y operaciones de crédito.

A favor de esta interpretación mencionamos como fundamento, además de la interpretación literal, lo establecido en el Decreto 220/998 del 12 de agosto de 1998 que en su artículo 54 señala: "*No son operaciones bancarias, aunque sean realizadas por*

instituciones bancarias, las administraciones de negocios rurales y de inmuebles y, en general el ejercicio por cuenta de terceros de encargos o negocios no financieros ni vinculados a la intervención bancaria en operaciones de comercio exterior".

Por tanto, el levantamiento abarcará únicamente las operaciones bancarias del sujeto pasivo. Sin embargo no incluirá otros datos como el asesoramiento que los bancos puedan realizar a sus clientes para inversiones en el exterior o adquisición de valores u otros instrumentos financieros.

Las solicitudes de pedido de levantamiento de secreto bancario se tramitarán ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil del domicilio de la persona física o jurídica determinada, titular de la información. Cuando habla del titular de la información se refiere al sujeto pasivo objeto de fiscalización conforme veremos adelante.

El domicilio que se tomará en cuenta en primer término será el que se haya constituido en la DGI, y sólo en su defecto el domicilio real.

La información que podrá requerir el Director General de Rentas es del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

El Sujeto Pasivo conforme al artículo 16 del CT es la persona obligada al cumplimiento de la prestación pecuniaria correspondiente, sea en calidad de contribuyente o de responsable. Se define al Contribuyente por el artículo 17 del CT como la persona respecto de la cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria.

Se define al Responsable por su parte en el art. 19 del CT como "*la persona que sin asumir la calidad de contribuyentes debe, por disposición expresa de la ley, cumplir con las obligaciones de pago y los deberes formales que correspondan a aquél...*"

Como se desprende en forma clara del texto aprobado por el Parlamento no se podrá pedir información bancaria de personas físicas o jurídicas que no sean la persona del contribuyente o del responsable. Por lo tanto, queda en forma por demás clara, vedada la posibilidad de pedir información bancaria de proveedores del contribuyente o del responsable o de familiares de éstos. Creemos que la claridad del texto nos exime de ulteriores comentarios.

Sin embargo, se puede argumentar que dado que estamos ante casos de "evasión" podría pedirse la información de terceros que haya colaborado personalmente (Art. 102 y 104 del CT) con el sujeto pasivo para la comisión de una infracción tributaria. Descartamos de plano esta tesis, ya que el texto legal no habilita a realizar interpretaciones extensivas, y por otra parte estando ante normas de carácter punitivo no resulta aplicable ninguna interpretación analógica.

El pedido del Director General de Rentas debe ser preciso y atender a la necesidad de una resolución que revista el doble carácter de ser expresa y fundada. A su vez, el afán fiscalizador de la Administración no alcanza como fundamentación para el levantamiento del secreto bancario, sino que ésta se debe motivar en indicios objetivos que hagan presumir la existencia de evasión por parte de un sujeto, así como la Administración debe invocar que esta prueba, que surgirá de los datos protegidos, es necesaria para la determinación de los adeudos o la tipificación de las infracciones.

Cuando se habla de indicios objetivos, se asume que la Administración Tributaria deberá de haber realizado una investigación exhaustiva en la etapa investigativa previa. La Administración deberá instruir toda la prueba necesaria y únicamente solicitar a la Justicia el levantamiento del secreto bancario cuando los indicios estudiados en la instrucción sean de tal magnitud que a juicio de cualquiera y de cualquier situación, sea inopinable e inobjetable que existen elementos serios que puedan configurar una hipótesis de "evasión". Cabe destacar, que claramente no se podrá solicitar el levantamiento del secreto bancario en los casos en que el contribuyente esté discutiendo con la Administración el derecho aplicable o la existencia misma de la obligación tributaria, ya que en estos casos no existirán indicios objetivos sino una mera apreciación subjetiva de una parte de la relación jurídica tributaria.

Resulta relevante hacer hincapié en los requisitos de la solicitud de levantamiento del secreto bancario, que deben ser cumplidos por la Administración para que el Juez acceda a dicha pretensión. En este punto, las discusiones parlamentarias y las razones que llevaron a cambiar el proyecto inicial son de trascendencia para interpretar el texto. Nuestra doctrina (Por ejemplo ver: CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Derecho, Madrid, 1991, p. 311; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Las apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución, en: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración t. 55, p. 125) y jurisprudencia han

sido constantes en admitir el valor de los antecedentes parlamentarios para aplicar la norma vigente (así, por ejemplo: La Justicia Uruguaya Casos Nos. 6751, 15775, y 1803, Sentencias del TAC 3T No. 121/08, TAC 5T No. 75/95, y TAC 7T No. 118/00).

En este punto es útil recordar las palabras de ORTEGA y GASSET: "*Limitarse literalmente a lo expreso en un texto sería no entender ese texto y no absorber el pensamiento que ese texto encierra*" (Citado por la Suprema Corte de Justicia en el caso número 174 de 2002).

Por tanto, será el Juez Civil quién tendrá que examinar y controlar si el pedido de la Administración contiene lo que la norma exige, y lo debe hacer de una forma exhaustiva y no meramente sumaria, ya que, como está habilitando la limitación de un derecho humano, la interpretación restrictiva se impone. Así entonces, en los casos de duda, es deber del juez negar el levantamiento, o, en su caso, solicitar a la Administración mayores elementos que permitan cumplir con la legislación.

En este sentido, en dichos que admiten ser aplicados a este supuesto, ha expresado la Suprema Corte de Justicia: "*...se puede pedir el embargo del depósito efectuado en una cuenta bancaria, siempre que el mismo se encuentre debidamente individualizado, pero la referida petición no puede mudar de naturaleza y convertirse en un procedimiento de averiguación, porque ello implicaría la violación del secreto bancario, siendo nuestra legislación —como ya se expusiera en anteriores Considerandos— una de las más estrictas respecto a su protección*". (Sentencia Suprema Corte de Justicia Número 430 de 1995).

Por su parte, el titular de la información deberá controlar para poder oponerse, la existencia de una resolución fundada; que la información requerida sea vital para la fiscalización de sus obligaciones tributarias; que éstas existan y además que no estén prescritas; que la Administración Tributaria haya agotado todos los medios probatorios antes de solicitar la información bancaria; que no se trate de una "*expedición de pesca*" para obtener la información necesaria para "*armar*" el caso; que se le haya concedido la vista previa del artículo 46 del CT; es decir, que la Administración haya realmente realizado un procedimiento acabado probatorio en la etapa de la fiscalización haciendo usos de sus amplias facultades que le consagran los artículo 68 y 70 del CT.

Una vez dispuesto judicialmente el levantamiento del secreto bancario por el Juez Civil o por el Tribunal de Apelaciones, el Banco Central del Uruguay deberá dar

cumplimiento a lo solicitado judicialmente, dentro del plazo de 5 días hábiles desde que recibió la comunicación.

A su vez, las empresas de intermediación financiera reguladas por el artículo 1 y 2 del Decreto Ley 15.322 deberán, en un plazo de 15 días a contar desde la comunicación del Banco Central, remitir la información a dicha entidad.

Vencido dicho plazo el Banco Central deberá proporcionar directamente a la DGI la información remitida por las instituciones de intermediación financiera sobre la persona física o jurídica determinada.

No se prevé en la ley aprobada, ningún tipo de norma con respecto al tratamiento que debe aplicar la DGI a la información recibida. Entendemos que la información suministrada a la DGI debe ser utilizada exclusivamente para los fines de la fiscalización y se encontrará protegida por el Secreto Tributario del artículo 47 del CT que señala que *"la Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales. Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada. La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente"*.

3. Materia Internacional:

Se incluye la posibilidad de intercambiar información tributaria con otros Estados, en el marco de la suscripción de Acuerdos para evitar la doble imposición, modificando en forma sustancial la tradición imperante en el Uruguay

Podrá la Administración Tributaria solicitar información, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición, que se encuentren vigentes, debiendo indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada.

La Ley 18.718 continuó profundizando en la debilidad del secreto bancario uruguayo frente a la Administración Tributaria. En ese marco, ahora la DGI podrá acceder a la información tutelada por ese secreto con fines de liquidación y determinación del tributo. Es elogiado que se haya respetado el principio de la exclusividad jurisdiccional como valla de garantía en lugar de permitir el acceso directo del Fisco a la información bancaria.

Sin embargo, ello no elimina dos grandes cuestionamientos: uno de política legislativa; el otro, de graves carencias en la construcción de normas que en definitiva violentan la esfera de la intimidad.

En el primer caso, se ha dado el paso que ya anunciaba en el año 2007 la sanción de la Ley 18.083. Se continúan otorgando facultades extraordinarias al Fisco sin que se le impongan contrapesos con la finalidad de tutelar el derecho de los contribuyentes. Es cierto que el acceso del Fisco al secreto bancario existe en la mayoría de los países. No obstante, ello se legisla en un país como Uruguay en el cual el contribuyente se ve enfrentado a una ausencia total de derechos frente a la Administración Tributaria. A sola vía de ejemplo, no existe un plazo para que el Fisco determine el tributo y la mayoría de las veces suele demorar años en hacerlo. Tiene facultades de asfixiar empresas suspendiendo la vigencia del certificado de estar al día, los recursos administrativos son de una lentitud exasperante y cuando a la postre se logra obtener un pronunciamiento de la Justicia Administrativa, los daños para el contribuyente han sido irreparables.

Tampoco se respetan institutos como el del “*non bis in idem*” y se continúa con la independencia de las acciones administrativas y penales manteniéndose la doble sanción por un mismo hecho. En ese marco, continuar generando una agencia estatal con mayores poderes desemboca en un claro riesgo a la libertad individual.

Con respecto a la norma en sí, la imprecisión del término “*evasión*” solo genera incertidumbre a la hora de aplicarla. El principio de taxatividad o mandato de certeza se sustituye por la discrecionalidad judicial. Y esto es tanto más peligroso en un sistema judicial como el uruguayo en el que el concepto de independencia técnica muchas veces degenera en una especie de anarquía técnica, donde un mismo caso es resuelto de manera diversa según el juez llamado a entender en el mismo.

En ese marco, la única forma de salvar el mandato constitucional de certeza hubiera sido aceptar que la norma solo es aplicable en caso de que existan indicios de ocultación de ingresos, acotando el concepto de "evasión" a esa modalidad de disminuir el monto imponible. No obstante, ninguna garantía hay de que se siga una interpretación uniforme y la norma es un caldo de cultivo fértil para la citada "anarquía técnica". A ello hay que sumarle que la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Civil no admite recurso alguno, por lo que la supuesta función unificadora de una Corte de Casación no existe en casos en los que el derecho a la intimidad puede verse gravemente comprometido.

Es una mala ley y que además se dicta en un contexto normativo donde el contribuyente se enfrenta al gigantismo de la Administración Fiscal. Si la misma aplica en el marco de una "anarquía técnica" como creemos que puede suceder, la acción de inconstitucionalidad por violación al mandato de certeza debería ser el camino a recorrer.

e- Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.55:

Por último, el artículo mencionado, de alguna manera interpreta el artículo 25 del Dec-Ley N° 15.322, y establece expresamente que la información que la administración tributaria solicite a las Instituciones de Intermediación financiera, no queda comprendida en el secreto bancario, aunque dicha información no puede ser proporcionada a terceros ajenos a la relación tributaria.

Sin duda alguna que se trata en este caso de una forma de vulnerar determinados valores que hacían en la relación Banco-Cliente en pos del afán recaudador del Estado y cuya flexibilización, además de otorgar excesivas potestades tributarias, pone al fisco en un plano de superioridad respecto de otros acreedores, lo cual entendemos puede configurar situaciones injustas y de dudosa legalidad en cuanto a los procedimientos que puedan iniciarse.

“Artículo 55.- Alcance del secreto bancario.- Interpretase que no está incluida en el secreto profesional a que refiere el Artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la información que la administración tributaria solicite a las instituciones de intermediación financiera comprendidas en dicha norma, en relación a las obligaciones tributarias originadas en su condición de contribuyentes. Dicha información no podrá ser utilizada por la Administración en relación a terceros”.

f- Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.56:

Promulgada el 27 de diciembre del 2006, en su artículo 56, establece que tanto la Dirección General Impositiva (DGI) como el Banco de Previsión social (BPS), podrán solicitar los embargos de la cuentas de los contribuyentes en forma genérica. También respecto de la solicitud de una medida cautelar como un embargo preventivo, medida que se dicta sin conocimiento previo del demandado.

“Facultase a la Dirección General Impositiva (DGI) y al Banco de Previsión Social (BPS), bajo resolución fundada, para el cobro de los tributos que recauda y/o administra, incluidas las multas, recargos y demás sanciones, a solicitar en los juicios ejecutivos que inicie y en las medidas cautelares que solicite, el embargo de las cuentas bancarias de los sujetos pasivos y de los responsables solidarios, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón o denominación social del demandado o cautelado, conjuntamente con cualquier número identificador como ser el de los siguientes documentos o registros: cédula de identidad, pasaporte, documento de identidad extranjero, inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la DGI, o inscripción en el BPS. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay (BCU), quien lo comunicará por un medio fehaciente a todas las empresas comprendidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, en un plazo de dos días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación.

El embargo de las cuentas bancarias a que refiere este artículo quedará trabado con la providencia judicial que lo decrete y se hará efectivo con la notificación del mismo a las empresas comprendidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, por parte del BCU, según lo dispuesto en el inciso anterior.

Las empresas comprendidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, que tengan cuentas bancarias abiertas a nombre del demandado o cautelado embargadas conforme a lo dispuesto en este artículo, deberán informar a la Sede judicial, en un plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación que les realice el BCU, según lo dispuesto en el inciso primero, la existencia y cuantía de los fondos y valores, en cuenta corriente, depósito o cualquier

otro concepto, de los cuales el titular es el embargado. Dichos datos sólo podrán ser tenidos en cuenta a los efectos de adoptarse los embargos específicos que sobre los citados bienes disponga la Sede judicial interviniente, no constituyendo medio de prueba hábil para la determinación de tributos del embargado o de terceros, salvo en el caso del contribuyente por sus impuestos propios, cuando el mismo lo hubiera autorizado expresamente”.

g- Ley N° 17.948:

Como ya hemos hecho referencia esta ley intentó dar solución a la eterna discusión doctrinaria acerca del alcance objetivo del secreto bancario.

No obstante ello, referimos a la Ley N° 17.948 como una flexibilización al secreto bancario ya que en su artículo 2° permite divulgar información sobre las operaciones activas del cliente, con las limitaciones establecidas en el artículo primero, esto es, la no difamación de información considerada "*confidencial*".

Asimismo, también excluye del secreto bancario a la calificación del riesgo que consta en la Central de Riesgos Crediticios del Banco Central del Uruguay, así como faculta a su publicidad, aclarando que: "*En ningún caso esa divulgación implicará dar noticia sobre fondos y valores que se encuentren depositados en el sistema financiero nacional, así como sobre las declaraciones juradas presentadas por el personal superior de las instituciones financieras para su evaluación con fines de supervisión*".

Aparece aquí entonces, la publicidad y transparencia contrapuesta con aquella intimidad y demás derechos del cliente salvaguardados inicialmente.

En esta ley, se concede al Banco Central del Uruguay la potestad de divulgar cierta información, aunque siempre protegiendo los datos confidenciales y, si se quiere, más íntimos del cliente.

Esta nueva posibilidad, si es utilizada con cautela, puede ser útil al sistema bancario, ya que permite contar con mayor información para todos los agentes que operan en el mismo, aunque sin permitir la libre divulgación. Es de observar que es el Banco Central del Uruguay el sujeto permitido por la ley para dar la información concerniente a operaciones activas. Siendo este órgano quien debería hacer un uso razonable de esta facultad, procurando la protección de datos confidenciales y otorgando los permitidos, únicamente para determinados fines.

Por lo tanto, el art. 1 de la Ley N° 17.948, promulgada el 8 de enero de 2006, deja de lado la controversia respecto de las **operaciones activas** dejando solo la salvaguarda del secreto las operaciones pasivas e informaciones confidenciales. En efecto, a partir de esta ley, cualquier persona física o jurídica que opere con Instituciones de Intermediación Financiera, podrá solicitar al Banco Central del Uruguay (BCU) información sobre inversiones, préstamos, descuentos, hipotecas, avales, garantías u otras obligaciones crediticias. El BCU estudiará la solicitud y podrá establecer una contraprestación de un máximo de 270 U.I. por solicitud de información y de 90 U.I. por actualización, determinando asimismo el máximo de información a proporcionar para cada solicitante y si existe mérito para ello.

“Artículo 1º.- (Operaciones amparadas por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322).- El secreto profesional instituido por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, ampara exclusivamente las operaciones bancarias pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera y toda otra operación en la que éstas asumen la condición de deudores, depositarios, mandatarios o custodios de dinero o de especie respecto de sus clientes, sin perjuicio del amparo de toda la información confidencial recibida del cliente - tanto en relación a operaciones pasivas como activas- comprendida también en la citada norma”.

h- Régimen de las SAFIs:

1. Introducción.-

Las Sociedades Financieras de Inversión (SAFIs) fueron reguladas por la Ley 11.073 del 26 de junio de 1948 y su objeto principal consistía en la realización, por cuenta propia o de terceros, de inversiones en el exterior, así como el desarrollo de operaciones comerciales en el exterior.

Estas sociedades contaban con determinadas prohibiciones y limitaciones a su objeto, entre las cuales se destacan la imposibilidad de emitir acciones por medio de suscripción pública o cotizarlas en la Bolsa dentro del país, recurrir al ahorro público, realizar operaciones de índole bancaria, de crédito recíproco o capitalización, integrar su activo con acciones, debentures, partes sociales u otros papeles de comercio emitidos por empresas nacionales que no sean SAFIs, tener inmuebles o créditos hipotecarios en el país e invertir en Deuda Pública nacional por importes superiores a los permitidos.

Aquellas SAFIs cuyo único activo en el Uruguay estaba formado por acciones de otras SAFIs, por saldo en cuentas bancarias en suma inferior al 10% de su activo o por Deuda Pública Nacional, Títulos Hipotecarios y Municipales, pagaban como único impuesto el Impuesto a las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (Isafi), el cual gravaba a la tasa del 0,3% la suma del patrimonio neto más el exceso del pasivo por sobre el doble del patrimonio.

De acuerdo con lo anterior, era posible que una sociedad constituida como SAFI no se encuentre dentro del régimen tributario específico de las SAFIs -por no cumplir con las limitaciones de tenencia de activos- y deba abonar impuestos bajo el régimen general.

La Ley 18.083 de Reforma Tributaria realizó modificaciones al régimen de las SAFIs, algunas de las cuales comenzaron a regir a partir del 1° de enero de 2010. La forma de implementar estas modificaciones fue abordada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 94/10, el cual analizaremos más adelante.

2. La Reforma Tributaria.-

Como ya fue dicho, la Reforma Tributaria introdujo importantes cambios en la situación de las SAFIs. En primer lugar, el artículo 5° de la ley estableció que el régimen de tributación especial que las mismas poseen sólo podrá utilizarse hasta los ejercicios cuyo cierre económico no sea posterior al 31 de diciembre de 2010.

Por otra parte, el artículo 4° de la misma ley prohibió, a partir de su entrada en vigencia, verificada el 1° de julio de 2007, la constitución de nuevas SAFIs. Asimismo, el artículo 7° dispuso que aquellas sociedades que se encontraran en proceso de constitución a la fecha de entrada en vigencia de la Reforma contarían con plazo de 180 días para finalizarlo, momento a partir del cual no podrían culminar el proceso como tales, debiendo ajustarse a las disposiciones establecidas para las sociedades anónimas en general.

Cabe mencionar que el segundo inciso del artículo 5° otorga al Poder Ejecutivo facultades para establecer las condiciones bajo las cuales se procesarán estos cambios, incluyendo la posibilidad de disponer la aplicación del régimen general de documentación y contabilidad previsto para las sociedades en general.

Como se puede apreciar, la Reforma Tributaria no elimina el régimen de las SAFIs -al menos para las ya existentes- sino que elimina su estatus tributario especial,

por lo que una SAFI existente podría continuar operando bajo el estatuto previsto para este tipo de compañías, pero sujeta al régimen general de tributación.

3. El Decreto 94/010.-

Ejerciendo las facultades mencionadas precedentemente, el Poder Ejecutivo emitió el decreto 94/010 con fecha 19 de febrero de 2010, el cual reglamenta alguna de las modificaciones introducidas por la Reforma.

El artículo 1° del decreto estableció que las SAFIs debían realizar al 31 de diciembre de 2010, un cierre de ejercicio preceptivo y calcular por última vez el ISAFI, proporcionando el impuesto a los meses transcurridos desde el último cierre.

Por su parte, el artículo 2° del decreto dispuso que a partir de esa fecha, y con cargo al mes de enero de 2011, estas sociedades debieran comenzar a tributar los anticipos del Impuesto de Control de las Sociedades Anónimas (Icosa). No se dijo, pero resulta obvio que, en caso que comiencen a obtener ingresos gravados por IRAE e IVA, estas debían comenzar a realizar los pagos correspondientes de acuerdo al régimen general.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden considerarse casos de SAFIs que continúen amparadas al antiguo régimen de tributación más allá del 1° de enero de 2011. En particular nos referimos al caso de aquellas sociedades que antes del 1° de abril de 2005 hubieran consolidado el impuesto según lo previsto en el artículo 7 de la Ley N° 11.073. Como se recordará, el plazo máximo por el que se puede efectuar dicha consolidación es de 15 años, período por el cual *"la sociedad y los titulares de los valores que aquella hubiere emitido, quedarán exceptuados de las modificaciones al régimen fiscal que pudieran sancionarse durante el plazo que hubieren consolidado"*.

Finalmente, el artículo 3° del decreto establecía que las SAFIs debían adecuar su documentación y contabilidad al régimen general aplicable a todas las sociedades comerciales. Como consecuencia de esto, a partir del 1° de enero de 2011 no podrán continuar llevando su contabilidad en dólares y deberán aplicar los mismos principios contables que el resto de los contribuyentes, tal como se dispone en la Sección X del Capítulo I de la Ley N° 16.060.

Cabe mencionar que el artículo 279° de la Ley 16.060 en la redacción dada por el artículo 100 de la Ley 18.083 establece que las sociedades anónimas deberán tener su capital representado en moneda nacional. Sin embargo, cuando el objeto principal sea

invertir en activos radicados en el exterior, la reglamentación podrá autorizar que el capital se exprese en moneda extranjera. A la fecha, dicha facultad no ha sido ejercida por el Poder Ejecutivo.

i- El Decreto 282/2011:

Emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas (M.E.F) el 10 de agosto de 2011, reglamentó el procedimiento a través del cual los contribuyentes titulares de la información amparada al secreto bancario podrán relevar del mismo, en favor de la D.G.I., a las empresas comprendidas en los arts. 1° y 2° del Decreto Ley N° 15.322.

Las disposiciones del presente decreto son de aplicación en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección General Impositiva, y ante solicitudes de intercambio de información recibidas de autoridades competentes de Estados requirentes, en el marco de los convenios internacionales para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal y de los acuerdos relativos al intercambio de información en materia tributaria, celebrados por la República.

En forma previa a dar curso a la solicitud de relevamiento del secreto bancario ante la Sede Judicial, que refiera a contribuyentes titulares de información amparada en el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la Dirección General Impositiva deberá requerirles su autorización expresa y por escrito para que releven del deber de guardar secreto a las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de la referida norma legal, confiriéndoles vista de los motivos del requerimiento por el término de cinco días hábiles.

Para la aplicación de intercambio de información en el marco de convenios o acuerdos internacionales, relativa a personas o entidades, que no sean contribuyentes de los tributos administrados por la Dirección General Impositiva, no deberá requerirse la referida autorización voluntaria.

La autorización de relevamiento del secreto bancario a favor de la Dirección General Impositiva, deberá otorgarse expresamente y en un documento exclusivamente destinado al efecto. El documento deberá contener un acuerdo celebrado con el contribuyente titular de la información, en el cual este autorice, en forma expresa y para un período determinado, a todas las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto-Ley N° 15.322 a suministrar a la Dirección General Impositiva, la revelación

de todas las operaciones e informaciones que se encuentren en su poder amparadas en el secreto bancario (artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322).

La Dirección General Impositiva remitirá al Banco Central del Uruguay copia de la autorización, conjuntamente con el requerimiento de información, el cual deberá contener como mínimo: a) identificación del contribuyente titular de la información; b) especificación de la clase de información, y de las operaciones, productos o valores, respecto de los cuales se solicita información; c) los períodos comprendidos en la solicitud.

En un plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente al de la recepción de la autorización, el Banco Central del Uruguay notificará, por un medio fehaciente y de acuerdo a la naturaleza de la información requerida, la solicitud de la Dirección General Impositiva a las entidades comprendidas en el artículo segundo del presente decreto.

Las entidades notificadas, deberán proporcionar la información requerida al Banco Central del Uruguay en un plazo de quince días hábiles contados desde la notificación referida en el artículo 7° del presente Decreto. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones previstas en el Capítulo V del Decreto-Ley N° 15.322.

Al vencimiento del referido plazo, el Banco Central del Uruguay dispondrá de cinco días hábiles para proporcionar a la Dirección General Impositiva la información recabada.

Vencido el plazo previsto sin que el contribuyente haya otorgado la autorización expresa, la Dirección General Impositiva podrá formular la solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial, en los términos establecidos por los incisos tercero y siguientes del artículo 54 de la Ley N° 18.083, de 27 de diciembre de 2006, con la redacción dada por el artículo 15 de la Ley N° 18.718, de 24 de diciembre de 2010.

La información obtenida por la Dirección General Impositiva por aplicación del presente decreto, estará sometida a las obligaciones dispuestas por el artículo 47 del Código Tributario *“(Secreto de las actuaciones).- La Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales.*

Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada.

La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente”.

j- Ámbito Internacional:

También es importante detenerse a indagar, como lo realizaremos en el próximo capítulo, el ámbito internacional en el cual nos relacionamos y sus entidades, el cual ejerce presión para la sanción de determinadas regulaciones no del todo legales dentro de nuestro marco jurídico o lucrativas, a cambio de otros beneficios.

6) ÁMBITO INTERNACIONAL - LA OCDE-

a- Características

La OCDE es un organismo intergubernamental, que reúne a 32 países desarrollados. Sus objetivos fundacionales son procurar expandir las economías de sus Estados miembros y cooperar con otros países de menor desarrollo económico, combatiendo el lavado de dinero y la evasión fiscal internacional.

Su actividad práctica tiende a debilitar la competencia que a sus miembros, todos ellos países de alta tributación, puedan hacerle otros centros financieros al elegir sus residentes desviar capitales e inversiones hacia países que les garantizan confidencialidad y baja tributación, como Uruguay. Estos países, utilizan esas ventajas estratégicas para competir con las naciones desarrolladas en la captación de capitales.

Esta entidad exige a los países “*grises*” o “*negros*” información; los presiona para que firmen acuerdos para evitar la doble imposición internacional o de intercambio de información financiera, que habiliten el levantamiento del secreto bancario.

Uruguay, que, por ahora, grava la renta en base al principio de territorialidad, no necesita dar o recibir esa información. Los países de la OCDE sí la necesitan, pues en su mayoría gravan la renta en base al principio de renta mundial.

En nuestra opinión no existen ventajas concretas de ceder a dicha presión pues la OCDE no ha demostrado la conveniencia de cumplir con sus directrices. La contrapartida por ceder ante sus presiones no es más que salir de su lista de centros financieros "*no cooperantes*" y evitar la estigmatización y amenaza de eventuales sanciones.

Los países "*no cooperantes*" ven debilitada su credibilidad y se los amenaza con sanciones: aumento de exigencias de información a los contribuyentes que se relacionen con las jurisdicciones castigadas; aplicación de retenciones sobre una amplia variedad de pagos que se hagan hacia países "*no cooperantes*"; eliminación de exoneraciones, créditos fiscales o deducciones para las operaciones realizadas con los países castigados (creando la doble imposición); pedido a instituciones internacionales y a bancos regionales de desarrollo que revisen sus políticas de inversiones respecto a las naciones castigadas y, finalmente, tributación de las rentas de filiales extranjeras en el país de residencia del accionista.

Hasta ahora, no se aplicaron sanciones, pero se amenazó con ellas, incluso en casos concretos. En agosto de 2009, el Banco Europeo de Inversiones notificó al Gobierno austríaco que, si no modificaba su legislación, sus bancos podían dejar de recibir financiamiento. También recientemente, la International Finance Corporation, agencia del grupo del Banco Mundial, comunicó a Costa Rica que peligraban los desembolsos de dinero que el país recibe por parte de esa agencia. Como consecuencia, éstos y otros países salieron a firmar acuerdos que permiten acceder a la "*lista blanca*" de la OCDE.

Las medidas que aplica la OCDE son ilegítimas y violan las normas del comercio internacional así como derechos constitucionales nacionales que analizaremos a continuación. Es que, jurídicamente, las decisiones adoptadas por la OCDE obligan solamente a los países miembros que las hayan votado, por lo que carece de potestad para tomar medidas sobre países no miembros. Pero, en los hechos, utiliza con éxito la estrategia de elaborar y divulgar "*listas negras*" y "*grises*" y amenaza con sanciones que aplicarían sus países miembros.

A mediados de 2002, el Centro de Asistencia Jurídica de la Organización Mundial de Comercio, opinó respecto a la ilegalidad de las prácticas adoptadas por algunas naciones contra Panamá, a raíz de una consulta del Gobierno de ese país. Esa


opinión, que tiene carácter reservado, pues el Gobierno de Panamá ha solicitado no divulgarla, califica las medidas discriminatorias de ciertos países que afectan la competitividad de los servicios financieros panameños, como una violación a las normas del comercio internacional. Violan el principio comercial de "*nación más favorecida*" del artículo II del Acuerdo General de Comercio de Servicios ("GATS").

Según este principio, un país miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no podrá discriminar a otro, otorgando un trato menos favorable respecto a terceros socios comerciales y, en consecuencia, la discriminación a los servicios panameños se convierte en una barrera comercial. La opinión legal referida incluye, también, posibles estrategias para hacer frente a esas medidas.

La OCDE pretende de Uruguay al igual que a otros países, la celebración de 12 acuerdos para evitar la doble imposición internacional o de intercambio de información, conforme a su modelo. El principal punto de controversia con nuestro sistema, sigue siendo el levantamiento del secreto bancario.

En abril de 2009, Uruguay fue incluido en la "*lista negra*" de paraísos fiscales. Ante esa medida, el Gobierno uruguayo envió una carta a las autoridades de la OCDE, manifestando oficialmente su compromiso de adoptar los estándares de transparencia e intercambio de información fiscal. Esto le permitió pasar de la "*lista negra*" a la "*lista gris*" de países que aún no cumplen con el intercambio, pero que están "*comprometidos a implementarlo*".

1- Caso Suizo

Los otros países "*grisáceos*" como  Suiza, por ejemplo, se encontraba en una situación similar a la de Uruguay y recientemente ha ingresado a la "*lista blanca*" de la OCDE, tras haber cumplido con los mismos requisitos que se le exigen a nuestro país.

En su caso, la normativa interna no fue modificada y el secreto bancario sigue existiendo plenamente para los residentes suizos. Sólo colaborarán con los países con los que firmaron los 12 acuerdos, cuando existan sospechas fundadas de fraude o evasión fiscal, mediante solicitud fundada, que deberá contener: **a)** Información suficiente que permita identificar a la persona que está siendo investigada (nombre, domicilio, número de cuenta, etc.); **b)** declaración de la información solicitada incluyendo su naturaleza; **c)** propósito fiscal para el cual la información es requerida; **d)**

nombre y domicilio de la institución bancaria que se crea esté en posesión de dicha información.

Además, descarta el intercambio de información automática o espontánea. Es decir, Suiza solamente levanta el secreto bancario ante una denuncia fundada de fraude o evasión fiscal de un Estado con el cual haya firmado un acuerdo, y exige que se le provea de todos esos datos tendientes a limitar la información a brindar, excluyendo la posibilidad de que se realicen "*expediciones de pesca*".

2- Situación Actual de Uruguay

Somos y fuimos un país oferente de servicios financieros internacionales. Ceder ante la OCDE, sumado a la nominalización de las acciones de Sociedades Anónimas, traería –y ya se esta apreciando- como consecuencia repeler la recepción de ahorros de no residentes; provocaría salidas de capitales de nuestra plaza financiera, creando una mayor incertidumbre para los inversores. Si bien nuestra situación es diferente a la de Suiza o Panamá, deberíamos considerar una estrategia que permita adaptarnos a los cambios, procurando el menor perjuicio posible para nuestra economía.

En el último tiempo, las exigencias de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), así como la adecuación de la normativa internacional hacia una mayor transparencia e intercambio de la información, ha hecho que nuestro país cuestione su legislación vigente, consagrando esta gran flexibilización.

En efecto, dentro de la OCDE como es sabido, la mayoría de los países protegen el secreto bancario en sus legislaciones, pero asimismo permiten el intercambio de información con la Administración Tributaria, así como con los organismos recaudadores de otros países, cuando hay acuerdos de cooperación internacional.

Así por ejemplo, Francia, Canadá o Dinamarca son los más propicios a intercambiar información con otros Estados. Por otra parte, en una posición más restrictiva, otros países reservan esta posibilidad a determinados motivos, como una denuncia penal (Australia o Bélgica) o mediante procedimientos preestablecidos que, básicamente, consisten en notificar al contribuyente (por ejemplo, Alemania). (Información Proporcionada por la OCDE, en: *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, 2000).

Uruguay, dentro de estos países, ha sido considerado como un Estado que no adhiere a los estándares internacionales durante el año 2009, debido a que el secreto

bancario consagrado en nuestra legislación constituye un límite para la investigación de las rentas obtenidas por residentes de otros países.

Se hace necesario, para nuestro país, suscribir tratados de intercambio de información, incorporando en los tratados firmados el artículo 26.5 del Modelo de la OCDE para Convenios sobre Intercambio de Información que establece: *"En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona"*.

El problema es, entonces, cómo armonizar el secreto bancario con otros intereses en pugna. Hasta el año 2009 Uruguay había suscrito únicamente dos tratados para evitar la doble imposición: con Alemania y con Hungría. Al momento de la firma del tratado con Alemania, Uruguay no incluyó la norma del artículo 26 pues entendía que el secreto bancario era una norma de orden público y por ende un límite para el intercambio de información.

b- Transparencia e intercambio de información fiscal

Mucho se ha dicho acerca de la OCDE, su presión y sus exigencias sobre el Uruguay en esta materia. Pudimos ver cómo los lineamientos de la OCDE se vieron reflejados en modificaciones a nuestro régimen de secreto bancario (provocando la flexibilización del mismo), y además cómo el Uruguay se comprometió a suscribir tratados de intercambio de información fiscal y de evitación de doble imposición con al menos 12 Estados.

Todo esto no es casualidad sino causalidad, fruto de la enorme presión y efectividad que está logrando la OCDE sobre los distintos países del planeta, tanto miembros como no miembros.

A los efectos de promover eficazmente la transparencia y el intercambio de información con propósitos fiscales entre Estados, la OCDE elaboró un sistema de evaluación.

En este sentido, en el año 2000 creó lo que se conoce como el *"Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Fiscal"* (en adelante, el "Foro Global"). Fue inicialmente integrado por países que forman parte de la OCDE y algunos

Estados cercanos colaboradores, y es el Foro Global como parte de la OCDE quien realmente efectúa las evaluaciones a los Estados relativas a la transparencia e intercambio de información fiscal.

La OCDE y el Foro Global manifiestan que el objetivo de promover la transparencia y el intercambio de información fiscal es combatir ciertos males como el lavado de dinero, la evasión de impuestos, la doble imposición, e indirectamente el narcotráfico y el terrorismo.

No fue hasta abril de 2009 en que se intensificó la actividad del Foro Global en busca de este objetivo, cuando en Londres el G20, en el seno de una profunda crisis mundial, exhortó a combatir fuertemente a las jurisdicciones no colaboradoras en materia de transparencia fiscal.

Así fue que en setiembre del mismo año en México se reunió el Foro Global y decidió reestructurarse profundamente, no en cuanto a sus objetivos, sino principalmente en cuanto a su metodología, con el propósito de poder promover la transparencia fiscal y el intercambio de información entre Estados. La respuesta al porqué de la fuerte vinculación entre el G20 y el Foro Mundial es muy sencilla: los integrantes del G20 también forman parte del Foro Global, y al ser economías muy poderosas desempeñan un rol fundamental dentro del mismo. Por esto es que en la práctica se ve cómo el Foro Global nutre constantemente al G20 con información sobre sus actuaciones.

El Foro Global hoy en día está integrado por un total de 101 estados dentro de los cuales está Uruguay. Los integrantes son aquellos del G20, de la OCDE y los países que adhirieron al "*Tax Co-operation 2009: Towards a level playing field*", documento del Foro Global donde se establecen los puntos a desarrollar en materia de transparencia e intercambio de información fiscal.

Es importante entender que si bien el Foro Global es parte de la OCDE, ello no significa que los integrantes del Foro Global sean integrantes de la OCDE. Este es el caso de Uruguay, que integra el Foro Global pero no la OCDE. Es práctica común de la OCDE establecer este tipo de foros donde promueve la participación de países que no integran su organismo.

c- Funcionamiento del sistema de evaluación del Foro Global

El Foro Global desarrolló un proceso de evaluación utilizado principalmente para los Estados miembros, pero que también se ha utilizado en ocasiones sobre Estados no miembros cuando se consideró pertinente.

Este proceso es conocido globalmente como el "*Peer Review Process*" (en adelante, "el PRP"), que significa "*Proceso de Revisión entre Pares*". Es un método muy innovador que como lo alude su nombre, está basado en el control que se realizan los estados unos entre otros. Al ser la evaluación realizada por otros miembros del Foro Global, es que se dice que la revisión es entre pares.

El PRP tiene dos fases:

1- la fase 1 se concentra en el estudio del marco legal de la jurisdicción en relación a la transparencia e intercambio de información fiscal;

2- la fase 2 está enfocada en la evaluación de la efectividad en la práctica de dicho régimen legal.

A cada Estado le son asignados dos Estados asesores, que son los encargados de recabar toda la información necesaria de ese país que está siendo objeto de la evaluación, tanto en la fase 1 como en la fase 2. Los representantes de cada uno de esos Estados deberán ser funcionarios con gran experiencia en la materia de transparencia e intercambio de información fiscal.

La fase 1 tiene una duración de unas 20 semanas. Comienza con un cuestionario que se le envía al Estado evaluado y es realizado por los dos asesores con asistencia del secretariado del Foro Global. Dicho cuestionario contiene las preguntas necesarias para poder conocer en profundidad el sistema jurídico del país evaluado en relación a la transparencia y el intercambio de información fiscal.

Una vez concluido el cuestionario (unas 4 semanas desde que se lo envían), los Estados asesores comienzan a realizar un informe sobre el país. Este informe debe ser elevado al "Peer Review Group", que significa "Grupo de Revisión entre Pares" (en adelante, el "PRG"). Este es un grupo del Foro Global que cumple la función de evaluador, está integrado por un total de 30 países del Foro Global y es presidido por Francia.

El PRG en su sesión deberá adoptar un informe del país en cuestión. Una vez que el PRG adopta tal informe, este lo elevará al Foro Global para su aprobación final.

Con esa aprobación es que concluye realmente la fase 1 del PRP. El informe contendrá uno de las siguientes categorizaciones de la jurisdicción: régimen legal acorde; régimen legal acorde pero ciertos aspectos deben ser mejorados; régimen legal no acorde.

Unos 18-24 meses después de concluida la fase 1 del PRP, se da comienzo a la fase 2, donde se estudia la aplicación práctica del sistema normativo evaluado en la fase 1. Su estructura es muy similar: siguen participando los Estados asesores, se envía un cuestionario, se realiza un informe, se eleva al PRG y después al Foro Global para su aprobación. Una diferencia notoria son los "On-Site Visits" que es la visita de los asesores al país evaluado para realizar una evaluación más práctica. El informe final contendrá uno de las siguientes categorizaciones de la jurisdicción: ampliamente cumplidora; cumplidora; parcialmente cumplidora; no cumplidora.

En la fase 1 el objeto principal es determinar si el país está preparado para proceder a la fase 2, y el informe de la fase 2 es una conclusión final respecto de la posición del país en relación a la transparencia en intercambio de información fiscal.

En algunos casos existen PRP con fase 1 y 2 combinadas, aunque no es lo más común.

Con la finalización de la fase 2 concluye la evaluación de cada país y el Foro Global cuenta con toda la información que necesita para saber si ese país está de acuerdo con los estándares fijados para la transparencia e intercambio de información fiscal. Se basan en esta información para poder realizar recomendaciones al Estado para que se ajuste más a los requisitos internacionales, y además para categorizar a esa jurisdicción.

d- Criterios de evaluación del PRP

El Foro Global elaboró un documento conocido como "*Terms of Reference*" (Términos de Referencia) en el cual define los 10 elementos esenciales para la transparencia e intercambio de información fiscal. Estos fueron establecidos tomando en cuenta principalmente el artículo 26 de la "*Model Tax Convention*" (Convención Modelo de Impuestos) de la OCDE referido a intercambio de información fiscal, y además el "*2002 Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*" (Acuerdo Modelo sobre intercambio de información fiscal del 2002).

Descriptos en forma esquemática, los 10 elementos detallados en el "**Terms of Reference**" son:

- 1- Disponibilidad para las autoridades competentes de la información relativa a la propiedad e identidad de las entidades relevantes.
- 2- Existencia de contabilización fiable en las entidades relevantes.
- 3- Que la información bancaria esté disponible para los titulares de las cuentas.
- 4- Las autoridades competentes deben poder obtener y proveer información que sea objeto de una solicitud bajo un tratado de intercambio de información fiscal sobre cualquier persona que esté en posesión de tal información y que esté bajo su jurisdicción.
- 5- Los derechos y salvaguardas aplicables a las personas en la jurisdicción solicitada deben ser compatibles con un efectivo intercambio de información.
- 6- Los mecanismos de intercambio de información fiscal deben ser efectivos.
- 7- Se debe tener acuerdos de intercambio de información fiscal con los integrantes más relevantes del Foro Global, considerados tanto en cuanto a su poderío económico como en su relación con ese Estado.
- 8- Se debe asegurar la confidencialidad de la información recibida.
- 9- Se deben respetar los derechos y salvaguardas de los pagadores de impuestos y de terceros.
- 10- Cumplir con el suministro de información en un tiempo adecuado.

Es con estos elementos con los que el Estado será evaluado. El grado de identificación con los elementos determinará el resultado de la evaluación. Claro que los elementos no son taxativos, tienen grandes ramificaciones y se ajustan a la realidad de cada país en particular, pero son una verdadera referencia para la evaluación.

e- Consecuencias de la evaluación

En el 2009, el Secretario General de la OCDE comunicó un reporte conteniendo una lista de jurisdicciones calificadas en relación al cumplimiento de los estándares internacionales fiscales de la OCDE (como el "*Tax Co-operation 2009: Towards a level playing field*" ya mencionado).

Esta lista de jurisdicciones está dividida en tres:

- 1- países que han implementado eficazmente los estándares (que han suscripto doce o más tratados de intercambio de información fiscal y de evitación de doble imposición);
- 2- países que se han comprometido a implementar los estándares pero que no lo han alcanzado aún (menos de doce tratados);
- 3- países que no se han comprometido a los estándares.

El ítem 2 es la conocida popularmente como lista gris. Es donde se encuentra Uruguay, al haber suscripto menos de 12 tratados de los exigidos.

El lograr salir del ítem 2 e ingresar al número 1 de la lista es considerado importante ya que esta categorización de la OCDE puede tener mucha influencia en cuanto a las inversiones internacionales vinculadas a nuestro país. Esto es consecuencia del poderío que tiene la OCDE como organismo internacional y de la injerencia que tiene sobre la economía mundial.

En la actualidad la referencia para ser considerado un país cumplidor en términos de transparencia e intercambio de información fiscal no se reduce solamente a contar tratados, ya que la idea del PRP es justamente realizar un estudio mucho más amplio y detallado de cada jurisdicción. Pero de todas formas es un requisito que es muy tomado en cuenta por la OCDE, y es por ello que Uruguay se ha emprendido en lograr alcanzar los 12 tratados de intercambio de información fiscal y/o de evitación de doble imposición.

El PRP del Foro Global es la vía por excelencia mediante la cual se puede mejorar la categorización del Uruguay en la OCDE.

f- Situación del Uruguay en el marco del PRP

El Foro Global realizó un cronograma de evaluaciones en el cual está establecido cuando será evaluado cada uno de sus miembros, y si será en dos fases o con las dos fases combinadas.

En abril de 2011 comenzó la fase 1 del PRP sobre Uruguay. Los Estados asesores son Estados Unidos y Suiza, que ya casi concluyeron con toda la recabación de información necesaria de la fase 1 para conocer el sistema normativo uruguayo en relación a la transparencia e intercambio de información fiscal. Ya se respondió el

cuestionario y actualmente se está en la etapa final de la fase 1, redondeando el informe de los Estados asesores sobre nuestro país para poder enviarlo al PRG.

El 19 de setiembre de este año, se reúne el PRG en París, donde se adoptará el informe de la fase 1 sobre Uruguay (en conjunto con Brunei, Gibraltar, la anterior República Yugoslava de Macedonia, Hong Kong (China), Indonesia, Macao (China), Malasia, y Vanuatu).

Ese informe se elevará al Foro Global que se reunirá el 24 de octubre también en París, instancia donde decidirán si adoptan el informe remitido por el PRG. Tal informe decidirá nada más ni nada menos si Uruguay está pronto para pasar a la fase 2 del PRP. De estar prontos, la fase 2 del PRP de Uruguay está prevista en el cronograma de evaluaciones para la primera mitad del año 2014. En dicha fase como dijimos, se realizará un estudio de la normativa uruguaya en la práctica, siendo esta una evaluación más exigente, que incluye los llamados "On-Site Visits".

Como vemos, en el presente nos encontramos en un momento bisagra de la evaluación realizada por el Foro Global a nuestro país, ya que se avecinan las sesiones del PRG y del Foro Global. Los informes que se aprueben sobre Uruguay determinarán la categorización de nuestro país en la OCDE, y la consecuencia de esto puede ser muy relevante en materia de inversiones internacionales.

Actualmente Uruguay accedió a la Fase II del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal de la OCDE, luego de presentar en París las modificaciones al marco normativo sobre el régimen de sociedades anónimas con acciones al portador y los acuerdos de información tributaria suscritos.

El cambio de categoría permite avanzar a la siguiente etapa en la consideración de la OCDE sobre transparencia tributaria y el combate al lavado de activos, luego de que Uruguay fuera incluido en la lista gris de países poco colaboradores en la materia.

El Ministerio de Economía comunicó que el Grupo de Revisión entre Pares que integra el Foro Global aprobó en París el informe técnico del marco normativo de Uruguay en referencia a la transparencia fiscal.

“La aprobación del informe permitirá al país transitar hacia la Fase II del Foro, que consiste en la revisión de las capacidades previstas por el marco normativo presentado en el informe. Esta etapa comenzará en el primer semestre de 2014”.

El paso dado significa dejar atrás la Fase I que corresponde al análisis del marco jurídico vigente, al que se someten voluntariamente las 110 jurisdicciones que integran el Foro. El paso a la segunda etapa implica revisar la implementación de donde se evalúa el cabal cumplimiento de las capacidades incluidas en el marco normativo.

7) La OCDE, el Secreto Bancario y la Constitución (Sergio Abreu)

El artículo 26 de la versión 2005 del Modelo de Convenio de Impuestos de la OCDE – que el Poder Ejecutivo se comprometió a incluir en los Tratados que suscriba para evitar la doble tributación entre los Estados – establece como aspecto adicional “*que los países deberán intercambiar la información que se considere relevante a los efectos de cumplir con las leyes en materia tributaria*”.

Podría interpretarse – en consecuencia – que cualquier país se considere relevante para sí determinada información tributaria que concierne a la otra parte con la cual suscribió un Tratado, podría solicitársela sin tomar en cuenta lo que disponga la legislación interna del otro Estado.

Esta interpretación – en caso que corresponda a la intención de alguna de las partes – es susceptible de afectar normas de orden público del Estado Uruguayo, y en consecuencia, pasibles de ser declaradas inconstitucionales.

En nuestro país, según ya lo mencionamos, el secreto bancario se encuentra tácitamente consagrado en nuestra Constitución en su arts. 7, 28 y 72; el decreto-ley N° 15.322 con la modificación establecida por la Ley N° 17.948, y sólo puede ser relevado por un requerimiento judicial de juez competente en un procedimiento penal, o en jurisdicción civil en un proceso por pensión alimenticia.

La naturaleza jurídica de la obligación de confidencialidad de la información bancaria constituye una modalidad del secreto profesional. Es decir, la protección en el caso particular de la información sobre hechos de una persona conocidos en el ámbito de una relación profesional.

La doctrina jurídica suele vincular este deber al principio de la libertad de la persona.

En consecuencia, como normas de orden público uruguayo, se encuentra consagrado el derecho de la persona humana a la propia intimidad y confidencialidad de su información personal, estableciendo expresamente que dichos derechos sólo podrán ser limitados por leyes dictadas por razones de interés general.

Tal es el caso de la legislación vigente que autoriza – como se dijo – el levantamiento del secreto bancario, a solicitud de juez competente en un procedimiento jurisdiccional penal en curso; y las distintas leyes vigentes en el país vinculan el tema con la investigación, represión y sanción de las conductas tipificadas en los delitos de narcotráfico, lavado de activos provenientes de actividades ilícitas, terrorismo, etc.

El derecho a la libertad de la persona y la protección a la intimidad de su propia información se encuentra, además, consagrada en Tratados Internacionales que nuestro país ha ratificado e incorporado a su legislación interna, como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica cuyo artículo 1º establece que: *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*.

En el 2012, ha sido debatido el tema en el Parlamento Uruguayo, en ocasión de tratar entre otros, el Protocolo al Convenio entre Uruguay y Portugal para evitar la doble imposición sobre Impuesto a la Renta y al Patrimonio; y prevenir la evasión fiscal. Se establece, en el texto, las normas sobre *“intercambio de información”*, que *“no obstante las restricciones que las leyes de cada Estado establezcan para el acceso a la información, una vez que el Convenio haya sido ratificado por ambas partes y entre en vigor, proveerá la base legal para responder a los requerimientos de información, incluyendo aquella disponible en las instituciones financieras en el ámbito de aplicación del Convenio”*.

Más allá de ella, el referido Convenio prevé una aplicación diferencial de sus beneficios a las personas residentes en el Estado de una de las Partes contratantes – según sean o no beneficiarios efectivos de los rendimientos obtenidos en el otro Estado parte.

Esta norma vulnera claramente el derecho constitucional a la igualdad de tratamiento de las personas ante la ley. También, sería el caso de que dentro del

territorio de la República se pretendiera aplicar para algunas personas un régimen diferente que el aplicable a todos sus ciudadanos y residentes por igual.

Es decir, un régimen jurídico que permita a un estado extranjero acceder a la información de las personas disponibles en nuestras instituciones, y otro que limita a nuestro Estado acceder a la misma información.

En consecuencia, el problema en análisis no reside ya en el alcance del artículo 26 del Modelo de la OCDE, ni en las listas negras o grises que son una forma de presión indebida de los Estados todopoderosos sobre los Estados más débiles, sino que el problema reside sobre la constitucionalidad de las normas que se pretenden aprobar.

Es sabido que los Tratados que contengan normas contrarias a las de nuestro ordenamiento constitucional, no son válidas para el derecho interno por cuanto vulnerarían una norma de rango superior y de orden público del país, así como los principios del derecho internacional.

En efecto, las reglas sobre competencia para celebrar Tratados se delegan a la Constitución de cada Estado, que establece tanto la limitación formal –quien deberá contratar por el Estado–, así como la sustancia –cuáles son las normas de orden público nacional que deben respetarse en caso de celebrarse un Tratado internacional.

No son válidas entonces las normas de los Tratados que en esta materia celebra nuestro país, en la medida que las mismas puedan vulnerar normas constitucionales de carácter superior como las señaladas, y la inconstitucionalidad de las mismas puede ser declarada a requerimiento de parte, de constatare tales violaciones a los derechos sustanciales de los individuos.

8) Acuerdo suscripto por Argentina y Uruguay para el intercambio de información tributaria y método para evitar la doble imposición

1. Génesis del acuerdo firmado

El 24 de abril pasado nuestro país suscribió un Acuerdo para el Intercambio de Información Tributaria y Método para Evitar la Doble Tributación (en adelante "*Acuerdo*") con Argentina.

En términos simplificados se trata de un Acuerdo entre los Fiscos argentino y uruguayo para el intercambio de información "*previsiblemente relevante*" tanto para la determinación como el cobro de impuestos en cada país como para la investigación de delitos de naturaleza tributaria.

El Acuerdo también incluye un Título tendiente a evitar la doble tributación mediante un sistema de acreditación de impuesto pagado en el otro país, conforme a lo que se analizará más adelante.

Dado el saldo positivo de Uruguay en materia de inversiones recibidas de parte de residentes de Argentina, sumado a la aplicación en ese país de un criterio de imposición a la renta y activos sobre base mundial y fenómenos de fuga habituales de capitales, históricamente dicho país le ha reclamado a Uruguay brindarle cooperación en materia tributaria a la cual nuestro país se negó sistemáticamente.

Recién a partir de la ofensiva internacional en materia de control del lavado de dinero proveniente del terrorismo y, más recientemente, contra la denominada "*competencia fiscal nociva*" encabezada por el Foro Global sobre Transparencia Fiscal creado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que Uruguay comienza a ser presionado, entre otros aspectos, a suscribir convenios de esta naturaleza con los principales socios comerciales dentro de los cuales, obviamente, figura Argentina.

Siendo ello así, para un país claramente "*importador*" de capitales como el nuestro — tanto desde "*fuera*" como "*dentro*" de la región — que aplica, salvo excepciones, el principio de la fuente en materia tributaria, fácil resulta advertir los pocos beneficios que este Acuerdo le acarrearán, fuera de evitar las "*sanciones*" que podría sufrir de no hacerlo y de que el mismo podría estar inserto en una agenda bilateral más amplia.

Todo ello no es menor porque la experiencia internacional muestra que estos convenios, en los hechos, sólo funcionan adecuadamente cuando ambos países realmente perciben y obtienen ventajas recíprocas de su suscripción, sin olvidar además, los "*costos de cumplimiento*" que los mismos le suelen implicar a cada parte.

En sí el Acuerdo tiene claramente diferenciadas dos partes que procederemos a analizar seguidamente, a saber: intercambio de información y método para evitar la doble tributación.

2. Alcance del intercambio de información

a- Contenido de la información a intercambiar

El artículo 1 del Acuerdo, define el término información como "...*todo dato, declaración, documento o registro cualquiera sea la forma que revista*".

El artículo 2, indica que la información a intercambiar debe tener el atributo de ser "*previsiblemente relevante para la administración y aplicación de la legislación interna de las Partes con relación a los impuestos y asuntos penales tributarios comprendidos en el presente acuerdo*".

Resulta importante destacar el concepto de "*información previsiblemente relevante*" ya que el mismo determina -sin perjuicio de la atención de otras circunstancias que se indicarán más adelante- si la información requerida es intercambiable o no.

El objeto del intercambio refiere a información previsiblemente relevante sobre los siguientes aspectos: **a)** determinar, **b)** liquidar, **c)** implementar, **d)** para controlar y recaudar, **e)** para cobrar o ejecutar créditos tributarios o **d)** para investigar y enjuiciar asuntos tributarios. La amplitud de las acciones tipificadas hace presumir que la gran mayoría de las requisitorias de información se encontrarán comprendidas en el Acuerdo en análisis.

Sin perjuicio de ello, existen excepciones al deber de intercambiar información. En el mes de setiembre de 2011 se publicó el decreto N° 313/2011, estableciendo con carácter general el procedimiento interno a seguir en materia de intercambio de información tributaria con terceras naciones en el marco de convenios suscriptos a tales efectos. Considerado en su conjunto con el Acuerdo que se analiza, dicho decreto adiciona requerimientos a los dispuestos por el Acuerdo.

Tal circunstancia, en virtud de una remisión expresa del Acuerdo a la norma interna (art. 2, numeral 2, y art. 5, numeral 3), considerada ésta en sentido amplio, permite sostener que los mismos también deben ser incorporados a la requisitoria cursada, ameritando su rechazo en caso de inexistencia. A modo de ejemplo el Acuerdo dispone que la requisitoria debe especificar -en la medida que se conozca- el nombre y dirección de toda persona que se crea que posee la información.

Por su parte el decreto, en una clara contradicción, dispone que la requisitoria debe contener elementos que permitan la identificación inequívoca de las personas o entidades que posean la información.

Así, el Acuerdo determina ciertas circunstancias que permiten (facultativamente) no brindar la información solicitada a la parte requerida y otros casos donde el requerido directamente está obligado a no brindar la información. Al respecto resulta interesante enunciar los supuestos indicados:

- no se admite brindar información que previsiblemente no sea relevante;
- no se admite brindar información en el marco de operativo de "*excursión de pesca*" -definido por el Acuerdo- como "...medidas dirigidas únicamente a la simple recolección de evidencias con carácter meramente especulativo" (art. 2, numeral 3);
- no existe obligación de la autoridad requerida, de brindar la información, en el caso de que la información requerida no obre en poder de la autoridad requerida o, no esté en posesión o bajo el control de personas que se hallen en su jurisdicción;
- debe referirse a información vinculada a impuestos vigentes o a impuestos futuros (art. 4. numeral 1);
- imposibilidad de brindar información en virtud de la legislación interna (art. 5, numeral 3);
- cuando la solicitud no cumpla con las formas requeridas por el propio Acuerdo (art. 6, numeral 1 (a) De los requisitos estipulados surge asimismo que no resulta viable el denominado "*intercambio espontáneo*" de información, es decir aquella información "*...que sea previsiblemente relevante para otra parte contratante, y que no haya sido previamente solicitada*" ("*Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributario*" Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE);
- cuando la requirente no haya utilizado todos los medios disponibles en su propio territorio para obtener la información (art. 6, numeral 1 (b));
- cuando la información requerida sea contraria al orden público (art. 6, numeral 1 (c));
- cuando se trate de información sujeta a secreto profesional, comercial, empresarial, mercantil o a un proceso industrial (art. 6, numeral 2);

- cuando se trate de información que revele comunicaciones confidenciales entre un cliente y su abogado o representante legal conocido en ciertas condiciones (art. 6, numeral 3);
- cuando la información requerida no pueda ser obtenida por la requirente en su jurisdicción en virtud de su legislación propia o en el curso normal de las prácticas administrativas (art. 6, numeral 5);
- cuando la información requerida resulta discriminatoria contra un nacional o ciudadano del requerido en comparación con un igual del requirente en las mismas circunstancias (art. 6, numeral 6).

Como se podrá observar, existe un gran número de circunstancias (las que se potenciarán necesariamente con la casuística) que determinan la imposibilidad de cumplir con el envío de la información requerida.

Por su parte, el artículo 3 del Acuerdo bajo el título de "*Jurisdicción*" define en los siguientes términos un aspecto muy importante como lo es el "*ámbito*" de información que las partes se comprometen a facilitar a la otra:

"La Parte Requerida no estará obligada a facilitar la Información que no obre en poder de sus autoridades o que no esté en posesión o bajo el control de Personas que se hallen en su jurisdicción territorial". El propio Acuerdo define lo siguiente: *"por "Persona" se entenderá toda Persona física, Sociedad o cualquier entidad, ente o asociación de Personas o patrimonio que sea considerada sujeto pasivo a los fines impositivos o bien que se encuentre sujeta a responsabilidad tributaria de acuerdo con la legislación de cada Parte".*

Como se aprecia, el ámbito definido es sumamente amplio al incluir no solo la información que obre en poder de la propia Administración sino en "*posesión*" o "*bajo control*" de cualquier "*persona*" en la jurisdicción territorial lo que razonablemente incluye pues no solo a contribuyentes - menos aún bajo condición de estar tributando - bajo control del Fisco.

Sin perjuicio de ello, dentro del conjunto del total de información factible a ser solicitada y facilitada, el Acuerdo destaca especialmente a dos afirmando a su respecto que cada parte "*garantizará*" que se encuentra facultada para "*obtener*" y "*proporcionar*", a saber:

- Información que obre en poder de bancos, otras instituciones financieras y cualquier persona que actúen en calidad de mandatario o fiduciario;
- Información vinculada a la propiedad de Sociedades, Sociedades Personales, fideicomisos, fundaciones y otras Personas, incluida, con las limitaciones establecidas en el propio Acuerdo, la Información sobre propiedad respecto de todas las Personas que componen una "*cadena de propiedad*", incluyendo accionistas y/o socios vinculación y constitución de Sociedades

b- Autoridades competentes

El Acuerdo define quiénes son las autoridades nacionales competentes para tramitar los requerimientos de información.

En el caso de la República Argentina, se dispone que lo sea el Administrador Federal de Ingresos Públicos (AFIP) o su representante autorizado.

En el caso de Uruguay, lo será el Ministro de Economía y Finanzas (MEF) o su representante autorizado (en virtud de las disposiciones del Decreto No. 313/2011 será la Dirección General Impositiva - DGI - en la mayoría de las oportunidades, con algunas excepciones según se verá).

c- Formalidades de la requisitoria

La requisitoria de información por parte de la autoridad requirente debe contener un conjunto de elementos enumerados en el Acuerdo.

La ausencia de los mismos implicará que la parte requerida pueda negar la entrega de la información solicitada pudiendo en tal hipótesis directamente rechazar la solicitud o solicitar la rectificación del pedido originario para adecuarlo a los requisitos exigidos.

La requisitoria debe ser escrita, detallada y debe especificar las circunstancias que se enuncian a continuación:

- identidad de la Persona sometida a inspección o investigación;
- período respecto del cual se solicita la Información;
- naturaleza de la Información solicitada y la forma en la que la Parte Requirente desearía recibirla;
- fin tributario por el cual se solicita la Información;

- motivos para creer que la Información solicitada es previsiblemente relevante para la administración y aplicación de los Impuestos de la Parte Requirente, con relación a la Persona identificada los motivos para creer que la Información solicitada es conservada por la Parte Requerida u obra en poder o bajo el control de una Persona que se encuentre en la jurisdicción de la Parte Requerida.

Este último requisito nos parece fundamental y su estricta aplicación es precisamente lo que descarta que el pedido opere como una "*excursión de pesca*" específicamente prohibidas por el Acuerdo. Así por ejemplo, si una parte sospecha que una persona bajo su jurisdicción oculta un bien de su propiedad directa o través de una entidad en el otro país, ello no será suficiente para pedir información.

La parte requirente deberá obtener y aportar a la contraparte elementos claros e inequívocos de que ello ocurre (documentación, testimonios etc.) y solo así se habilitaría el procedimiento, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos;

- en la medida en que se conozcan, el nombre y la dirección de toda Persona que se crea que posee la Información solicitada o pueda obtenerla;

- una declaración que estipule que la solicitud es de conformidad con las leyes y prácticas administrativas de la Parte Requirente, que si la solicitud de Información se realizara dentro de la jurisdicción de la Parte Requirente, entonces, la Autoridad Competente de la Parte Requirente estaría en condiciones de obtener la Información conforme a su legislación o en el curso normal de la práctica administrativa y que dicha solicitud es de conformidad con lo estipulado en el presente Acuerdo;

- una declaración que estipule que la Parte Requirente ha utilizado todos los medios disponibles en su propio territorio para obtener la Información, salvo aquellos que dieran lugar a dificultades desproporcionadas.

Como se indicara anteriormente, el decreto N° 313/2011 también regula el tema y establece otros requisitos no exigidos por el Acuerdo que también tiene incidencia en las formalidades de la requisitoria.

d- Procedimiento interno

A continuación procederemos a analizar el trámite interno que debe seguir una requisitoria cursada por la autoridad Argentina.

Como se verá existen distintos niveles de control de la regularidad de la requisitoria y de la información recabada, empezando por el propio análisis de

admisibilidad y pertinencia realizado por las autoridades uruguayas y siguiendo por el control del propio titular de la información, ya sea en vía administrativa o en vía judicial.

1- Control de regularidad por la propia autoridad nacional

Un primer control de regularidad de la requisitoria realizada deber ser efectuado por la autoridad requerida. De acuerdo al decreto ya mencionado, quién realizará este análisis en el caso uruguayo será la DGI.

A estos efectos el Acuerdo dispone un claro procedimiento a saber:

- una vez recibida la requisitoria la autoridad requerida deberá confirmar la recepción por escrito;
- dentro de los 60 días de recibida la requisitoria la requerida deberá notificar a la requirente los eventuales defectos de la solicitud;
- dentro de los 90 días de recibida la requisitoria la requerida deberá informar a la requirente, en caso de corresponder, dando las explicaciones que correspondan sobre las siguientes circunstancias: a) que no ha podido obtener y brindar la información requerida o, b) que se niega a proporcionarla;
- la requirente decidirá si anular o no el pedido. En caso de que decidiera continuar adelante, las partes deberán acordar amistosamente las posibilidades de alcanzar el objeto de la solicitud y el modo de lograrlo.

Si la requisitoria es verificada satisfactoriamente por la DGI la misma impulsará su tramitación ejerciendo las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga al respecto.

Sin perjuicio, existen aspectos de las solicitudes que deberán ser autorizadas por el propio MEF y que no pueden ser decididas por la DGI, a saber:

- cuando el suministro de información puede relevar secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales, o contuvieran informaciones cuya comunicación pudiera resultar contraria al orden público;
- solicitudes de ingreso al territorio nacional de funcionarios de la autoridad competente requirente para entrevistar a personas físicas o examinar documentos,

casos en que se exige el consentimiento escrito de los titulares de la información o de las personas involucradas.

En el caso que nos ocupa, dado que la facultad de tal ingreso no está prevista directamente en el Acuerdo — a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el Acuerdo de intercambio de información tributaria suscripto con Francia aprobado por la ley N° 18.722 del 12/1/2011 — resultará aplicable solo lo mencionado en primer término.

2- Información vinculada al Secreto Bancario

En caso que la información requerida se encuentre amparada por el Secreto Bancario, la DGI deberá transitar por el procedimiento establecido por el art. 54 de la ley N° 18.083, en la redacción dada por el art. 15 de la Ley N° 18.718.

De acuerdo a la norma indicada, en su párrafo tercero el trámite será el siguiente:

- resolución del Director General de Rentas;
- demanda ante el Juzgado Civil del domicilio del titular de la información (el fiscal o, en subsidio, el real):
 1. se deberá justificar que las obligaciones perseguidas no están prescriptas
 2. se deberá justificar la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión o la tipificación de infracciones
 3. se deberá acreditar solicitudes expresas y fundadas de la autoridad requirente, así como todos los elementos que justifiquen la relevancia de la información solicitada
- el trámite seguirá el procedimiento de los incidentes fuera de audiencia (art 321 Código General del Proceso) con algunas variaciones que pretenden acelerar los tiempos del mismo y ciertas particularidades de los aspectos recursivos.

Establece la norma: "*.... el proceso judicial de levantamiento del secreto bancario se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información. La demanda se presentará por escrito según lo dispuesto por los artículos 117 y 118 del Código General del Proceso, y se tramitará por el procedimiento incidental regulado en el artículo 321 de dicho Código, con las siguientes modificaciones: a) la providencia que confiere el traslado de la demanda deberá notificarse en un plazo de tres días a contar de su dictado, y b) en el caso en que sea necesaria la realización de una audiencia, la misma deberá realizarse en un plazo máximo de treinta días a contar de la contestación de la demanda o del vencimiento del plazo previsto*".

En cuanto a las particularidades recursivas señala: *"El Juez dictará sentencia haciendo lugar o denegando la solicitud de levantamiento del secreto bancario, a cuyos efectos tendrá en consideración la prueba diligenciada y todas las circunstancias del caso. La sentencia será apelable por cualquiera de las partes. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo de la providencia impugnada y se regirá por lo dispuesto en el artículo 254, numerales 1) y 2) del Código General del Proceso. Evacuado el traslado de la apelación o vencido el plazo correspondiente, el Juzgado deberá remitir el expediente al Superior en un plazo de cinco días hábiles. El Tribunal de Apelaciones deberá resolver en acuerdo, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los autos"*.

"Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno";

- si hubiere sentencia autorizando el levantamiento, el Banco Central del Uruguay (BCU) deberá proceder a informar al juzgado competente.

3- Obtención de información y vista previa a la decisión de envío

Una vez obtenida la información requerida por la requirente, el decreto N° 311/2011 establece que antes de dictar el acto administrativo que disponga la remisión de la información recabada se deberá dar vista previa al titular de la información por el término de 5 días hábiles.

El otorgamiento de vista previa establecido en la norma analizada implica el cumplimiento del apego a la garantía constitucional del debido proceso, esto es, a la oportunidad de ser escuchado y ofrecer prueba en forma previa a que se adopte la decisión respectiva.

De esta forma el titular de la información tendrá la oportunidad de analizar la regularidad del procedimiento (en sus aspectos formales y sustanciales) y de sus consecuencias (la pertinencia o la corrección de la información recabada).

Obviamente también resultan de aplicación la garantía del procedimiento recursivo administrativo, la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) y demás procedimientos judiciales.

Si bien el procedimiento recursivo no tiene efecto suspensivo respecto de la ejecución del acto administrativo, si el mismo fuera solicitado por el recurrente (art. 150 del Decreto 500 /991) sería muy razonable que la administración lo otorgara en virtud de los graves daños que podría ocasionarle en caso de ejecución del mismo. Asimismo

cabe recordar al respecto que en caso de negativa a suspender el acto por parte de la administración, existe jurisprudencia que admite -existiendo otra que no lo hace- la acción de amparo para intentar suspender la ejecución de un acto administrativo (ej. TAC 1, Sent. 75/05).

e- Confidencialidad

El Acuerdo dispone la confidencialidad de la información intercambiada por parte de las autoridades competentes.

El alcance de la confidencialidad se determina en base al más benigno de los siguientes dos elementos: **a)** el alcance otorgado por la legislación interna de cada país o **b)** el alcance de la normativa del país remitente si fuera más restrictiva.

i) Método para evitar la doble imposición

Como se señaló, si bien en principio el tema parece ocupar un segundo plano, el Acuerdo también incluye un Título (a saber, Título III: Método para evitar la doble imposición) tendiente a evitar la doble tributación mediante un sistema de acreditación de impuestos pero que, a diferencia de otros convenios en su tipo y de los modelos de convenios que generalmente aplican los países a tales efectos, salvo para el caso particular de los "*servicios técnicos y de asistencia técnica, científica, administrativa o similares*" (en adelante, "*servicios técnicos*"), se abstiene de ingresar en una casuística por tipo de renta.

Tal como es de estilo, este Acuerdo para evitar doble tributación se aplica a las Personas residentes de uno o de ambos países — conforme a la definición que el propio Acuerdo aporta - comprende los impuestos a la renta y activos/patrimonio nacionales vigentes en cada país a fecha de suscripción del Acuerdo sin perjuicio de preverse su extensión "*... igualmente a los Impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo, y que se añadan a los actuales o les sustituyan*".

En efecto, salvo para este último tipo de rentas, en lo principal, el Título se limita a establecer el habitual principio de que, partiendo de un criterio mundial de gravabilidad de rentas y patrimonio, el país de residencia debe reconocer un crédito por el impuesto pagado por la persona o empresa en cuestión en el país de la fuente con el límite de la incidencia implícita propia de tal renta o patrimonio.

Técnicamente este método para evitar la doble tributación califica bajo la categoría de "*método de imputación ordinaria*". Como se sabe, el método de la imputación presenta el inconveniente de que, cuando la tasa del impuesto es mayor en el país receptor que en el de la fuente, se puede neutralizar, total o parcialmente, los beneficios sobre la inversión concedidos en este último país.

Conforme al mismo, el Estado de la residencia mantiene el principio de gravamen sobre la renta (patrimonio) mundial, computando también las rentas (patrimonio) en el exterior en la determinación de la base imponible de sus residentes y procediendo a permitir deducir en el propio impuesto el gravamen que se hubiera satisfecho en el extranjero por idénticas rentas (patrimonio) con el límite de la porción del propio impuesto que corresponda a tales rentas (patrimonio) procedentes del exterior.

No obstante, el método de acreditación acordado no reconoce el denominado "*tax sparing credit*" (ni tampoco un "*credit for national tax*") por lo cual, los beneficios o exoneraciones que un país otorgue, pueden ser neutralizados si el otro país aplica criterio mundial, tal como sucede con Argentina. Dicha neutralización puede verificarse tanto en forma directa — en el caso que el país de residencia tenga adoptado algún mecanismo anti "*tax deferral*" como la "*transparencia fiscal*" gravando los beneficios de las inversiones realizadas en el exterior en el momento de generación — o indirectamente a través del pago de dividendos.

El "*tax sparing credit*" consiste en permitir que el impuesto extranjero deducible sea el impuesto que exactamente hubiera correspondido satisfacer en ausencia de un beneficio fiscal en aquel país; por su parte, en el caso del "*credit for national tax*" (también denominado "*matching credit*"), el país de residencia concede un crédito fiscal por una cantidad alzada o por un porcentaje más alto que el tipo tributario efectivo que hubiera gravado la renta en el país de su origen (o del tipo que el Convenio de Doble Imposición establezca como límite de gravamen).

Ingresando al análisis más específico de las características del método consagrado, como se señaló, además de prescindir de realizar una categorización de renta y reparto de jurisdicciones, tal como resulta habitual en este tipo de convenios, el Acuerdo muestra una diferencia fundamental también con ellos al no prever ningún tipo de límite a la gravabilidad en la fuente a través, por ejemplo, de un tope de las alícuotas aplicables.

Entre otras disposiciones inexistentes pues, el Acuerdo no incluye la típica previsión contenida en el artículo 7 del Modelo para Evitar la Doble Imposición de la OCDE referente a "Beneficios Empresariales" consagrando el principio de gravabilidad en el país de residencia, aunque permitiendo una limitada potestad tributaria del país de la fuente a través de la introducción del concepto de Establecimiento Permanente.

A nuestro juicio, cuando ello sucede, el concepto y más que nada el alcance — bastante particular por cierto porque sólo define el tipo de impuesto a la renta que se debe pagar por las rentas de fuente uruguaya obtenidas - de esta figura a nivel de la normativa doméstica cede a favor del criterio plasmado en el Convenio.

Pero precisamente no es eso lo que está sucediendo en este Acuerdo por lo cual entendemos que en el caso argentino, el concepto y alcance de la figura del EP consagrada a nivel doméstico se mantiene plenamente en pie, sin perjuicio de las acreditaciones de impuestos en uno y otro sentido que conforme a dicho Acuerdo correspondan.

Asimismo, y dada la naturaleza y objeto limitado del Acuerdo, y a diferencia de lo que sucede en esos otros convenios, entendemos que la doble "residencia" fiscal resulta perfectamente admisible a los efectos de que cada país resuelva la tributación local en juego sin perjuicio de tener que "desempatar" la misma a la hora de definir acreditaciones de impuestos.

Económicamente ello implica una inexistencia "de hecho" de una prioridad de jurisdicción tributaria — es decir, país que en definitiva se queda con la recaudación cuando en aras de evitar la doble tributación se elimina la parte duplicada al contribuyente en cuestión - para el país de residencia tal como suele suceder, y una indirecta consagración, por ende, de prioridad para el país de la fuente, salvo el caso de los "servicios técnicos" que la prioridad se define en el país en el cual se ubica la "fuente pagadora", obviamente, no necesariamente coincidente con el país de la "fuente" en sí misma.

En efecto, el Acuerdo prevé que cuando un "*residente*" de un país obtenga "*rentas sometidas a imposición*" o posea un "*patrimonio sujeto a Impuesto*" en el otro país, el primer país permitirá deducir el impuesto sobre la renta o patrimonio que el contribuyente hubiera pagado en el otro.

El concepto y efectos de la "*residencia*" previstos en el Acuerdo resultan alineados a los utilizados habitualmente en este tipo de convenios, efectuando un primer reenvío a las normas domésticas que definen el concepto tanto para las personas físicas

como otro tipo de personas, estableciendo "*reglas de desempate*" en caso de verificarse la "*residencia*" paralelamente en ambos países el concepto.

El protocolo del Acuerdo aclara el alcance de lo que debe considerarse como "*rentas sometidas a imposición*" y "*patrimonio sujeto a impuesto*" en cada país como rentas de fuentes situadas y elementos del patrimonio situados, en el país, respectivamente.

Caso particular ocupan las "*rentas por la prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica, científica, administrativa o similares*" respecto a las cuales se consagra una excepción sustituyendo el principio de la "*fuentes*" por el de "*fuentes pagadora*".

Corresponde señalar que a nuestro juicio el texto del Acuerdo contiene en este aspecto una defectuosa redacción al establecer: "*Cuando un residente de Uruguay (Argentina) obtenga rentas por la prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica, científica, administrativa o similares, pagadas por un residente de Argentina (Uruguay), Uruguay (Argentina) deducirá del Impuesto que perciba sobre tales rentas un importe igual al Impuesto sobre la renta pagado en Argentina (Uruguay)*".

En efecto, en rigor, y tal como lo prevé el propio Acuerdo, al menos a los efectos de la acreditación de impuestos, en cada caso en cuestión podrá existir solo un residente por lo cual la referencia a la prestación de un servicio de "*residente*" a "*residente*" resulta "*imposible*" por sí misma. En todo caso debió decirse — y así entendemos que corresponde interpretarlo - que a la segunda referencia a "*residente*" debió, por ejemplo, agregarse la condición "*acorde a legislación doméstica*".

Tampoco existe en el caso límites de gravabilidad de la parte no priorizada de la relación — en este caso, el país de la residencia — debiendo el país de la "*fuentes pagadora*" reconocer el crédito del impuesto pagado en el otro país, lo que, en definitiva, económicamente terminará volcando la recaudación en el país de la residencia.

En resumen pues, desde el punto de vista sustancial económico, salvo el caso de los "*servicios técnicos*" en donde el país que se alzarán con la recaudación es el de la residencia, para el resto de las rentas y los activos y patrimonio, ese rol lo ocupa el país de la fuente.

Ahora bien. Si bien no forma parte del objetivo del presente el análisis de la normativa doméstica de los impuestos argentinos comprendidos en el presente Título conforme al artículo 11 del Acuerdo (a saber, Impuesto a las Ganancias, Impuesto a la

Ganancia Mínima Presunta e Impuesto sobre los Bienes Personales), debe señalarse que en todos ellos existen ya en la normativa doméstica argentina medidas unilaterales de acreditación (por igual método de imputación ordinaria) de impuestos extranjeros "...abonadas por gravámenes análogos, sobre sus actividades en el extranjero", para el primero de ellos, y por "bienes gravados situados con carácter permanente en el exterior" en los dos restantes.

Por tanto, si bien es cierto que oportunamente se plantearon dudas acerca de la posibilidad de que el Impuesto a las Rentas de los No Residentes (IRNR) uruguayo fuera acreditable en Argentina como "impuesto análogo" al Impuesto a las Ganancias.

Al respecto puede consultarse las publicaciones en Revista Tributaria referente al Tema "*Las situaciones de doble tributación entre Argentina y Uruguay y las formas de evitarlas sin mediar un tratado*" tratado en las VIII Jornadas Rioplatenses de Tributación llevadas a cabo en Montevideo los días 18 y 19/8/2011.

No obstante y tal como se dijo, aún así, dada las características señaladas, a diferencia de otros convenios que Uruguay viene firmando, al menos en el caso no se estaría produciendo perforación en la tributación de otras categorías de rentas de fuente uruguayas como dividendos o regalías, por ejemplo.

Por lo demás, el sistema de evitación de la doble tributación consagrado nos merece, entre otros, una serie de comentarios que por limitaciones de espacio nos limitaremos a dejar enunciados sin ingresar a un análisis más profundo:

- Si bien es evidente que en términos generales el método elegido privilegia, en lo sustancial, al país de la fuente apartándose en este sentido, de los convenios suscriptos siguiendo más estrictamente al Modelo OCDE, la "cortedad" de sus disposiciones podría ser susceptible de generar ciertas controversias entre los países que pudieran socavar el objetivo de evitar la doble tributación.

Cabe señalar que según lo prevé el propio Acuerdo, las "...autoridades competentes de cada Parte instrumentarán en el marco de un acuerdo mutuo, y dentro de los noventa días desde la entrada en vigencia del presente, los requisitos necesarios para efectivizar la implementación operativa..." de lo relativo al método para evitar la doble tributación.

En efecto, la falta de categorización de rentas, discrepancias en el concepto de los "servicios técnicos" — ya de por sí de alcance controvertido en nuestro país - e inclusive el criterio que cada país pueda aplicar a la hora de definir la "fuente" de rentas

y activos — más allá de la pauta aportada al respecto por el Protocolo — como por ejemplo, en materia de bienes incorpóreos como créditos e intangibles - podrían generar asimetrías a la hora de la aplicación del Acuerdo.

El Acuerdo no contiene ninguna previsión acerca de Precios de Transferencia — lo que a su vez dificulta acudir a las propias Directrices dictadas por OCDE al respecto en caso de tener que dirimir diferencias - lo que obviamente podrá entonces ser motivo de asimetrías en su aplicación.

Dichas asimetrías podrían derivar en fenómenos de "*doble tributación*" (o doble "*no tributación*") dada la dificultad que presenta la ausencia de pautas comunes a los efectos de la aplicación de "*ajustes correlativos*" e inclusive de llegar en esta materia a acordar una solución por el Procedimiento de Acuerdo Mutuo previsto en el artículo 12 del Acuerdo.

Por su parte, si bien es cierto que los problemas de "*doble residencia*" preliminar terminarían resolviéndose por las reglas de desempate previstas en el propio Acuerdo, la absoluta ausencia de normativa regulando el concepto de Establecimiento Permanente (EP) también podría ser susceptible de generar desencuentros entre las partes tanto en lo que refiere a su incidencia sobre el concepto de "*residencia*" como los efectos de posibles fueros de atracción que la normativa de un determinado país reconozca, tal como sucede por ejemplo en el nuestro.

Por otro parte, dada la particular forma de regular el método para evitar la doble tributación adoptada por el Acuerdo, a diferencia de lo que sucede en otros convenios en base al modelo OCDE, a nuestro juicio, el concepto doméstico de EP sobrevive al mismo aún cuando a efectos de la acreditación de impuestos el contribuyente en cuestión deba ser considerado eventualmente como "*residente*" del otro país

ii) Entrada en vigor y vigencia

El Acuerdo establece dos criterios diversos de vigencia dependiendo de si la información refiere:

- a)** a la materia penal tributaria (en que el Acuerdo entra en vigor 30 días después de recibida la última notificación de cumplimiento de procedimientos internos) o
- b)** en todos los demás asuntos (en que solamente rige para períodos fiscales que inicien durante o después de la fecha indicada para a), o, en caso de no existir período fiscal, para los cobros de tributos que surjan en o después de la fecha indicada).

La vigencia de la norma es uno de los aspectos que más preocupación viene generando, especialmente en Argentina.

Si bien como pauta general — excepto en materia penal — se establece que el Acuerdo solo habilitaría a brindar información y apoyo para el cobro de tributos correspondientes a períodos fiscales que se inicien a partir de esa vigencia, ello puede verse neutralizado por vía de los hechos en la medida que los Fiscos en juego pretendan retrotraer las investigaciones hacia atrás a partir de información intercambiada.

A nuestro juicio, más allá de la literalidad del Acuerdo, resulta claro que el espíritu del mismo no es revisar el pasado ni económica ni penalmente. Entendemos que si un Fisco amparado por su normativa doméstica así pretende hacerlo debería abstenerse de solicitar el apoyo del otro Fisco, a riesgo de que su incumplimiento de este compromiso derive en la renuencia del otro Fisco a mantener su colaboración a futuro.

Asimismo, en caso de controversias respecto de este elemento, nada impide que de acuerdo a las propias previsiones del Acuerdo las partes puedan acordar por escrito la no utilización retroactiva de la información relevada, caso a caso.

9) Nominalización de acciones al portador de las Sociedades Anónimas (Ley N° 18930)

La Ley N° 18.930 publicada en el Diario Oficial el pasado 27 de julio (en adelante la Ley) consagra la obligación para los titulares de títulos al portador de informar sobre la propiedad de los mismos.

De esta forma el Poder Ejecutivo busca cumplir con las exigencias de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), alineándose a la regulación de la mayoría de los países, en los cuales no existen acciones al portador.

La Ley es un paso importante hacia la eliminación definitiva de las acciones al portador, cuyo régimen siempre representó una característica esencial de las sociedades anónimas en nuestro derecho. Estos cambios introducidos por la Ley marcan grandes cambios para los operadores nacionales, que utilizan permanentemente este instrumento y se deberán ajustar a lo previsto por la nueva normativa.

3. Acciones al portador y acciones nominativas.

La Ley no elimina las acciones al portador consagradas por la Ley de Sociedades Comerciales 16.060 (en adelante LSC), sino que hace obligatorio que los titulares de títulos al portador, dentro de los cuales se encuentran las acciones de las sociedades anónimas, tengan que declarar su titularidad.

Una opción diferente pudiera haber sido consagrar la nominatividad obligatoria, como existe por ejemplo en Argentina desde hace años, eliminando las acciones al portador. En el derecho Argentino, la Ley 24.587 reglamentada por el Decreto 259/96 consagra la nominatividad obligatoria de todas las acciones, suprimiendo la posibilidad de la utilización de las acciones al portador.

En la doctrina Argentina, Vitolo menciona los siguientes argumentos a favor y en contra de la nominatividad obligatoria, que en definitiva implican el mantenimiento o no de las acciones al portador. (Vitolo, Sociedades Comerciales, T. III, pg. 598).

La nominatividad obligatoria: *“facilita la protección de la legítima hereditaria y el régimen patrimonial de la sociedad conyugal; es un instrumento de defensa de la soberanía, al obligar a individualizar a los inversores extranjeros; y alienta la recaudación fiscal, al identificar a los últimos beneficiarios”*.

Critica la nominatividad obligatoria, en posición que apoyamos, porque: *“obstaculiza la adquisición y transmisión de las acciones; desnaturaliza a las sociedades anónimas; los fines fiscales pueden encontrar instrumentos más adecuados de protección; y desalienta las inversiones”*.

Nuestro legislador optó por una solución diferente, manteniéndose la existencia de las acciones al portador, pero con la obligación de informar quiénes son sus titulares.

Destacamos esto porque si bien con el nuevo régimen se podrá identificar al titular de las acciones al portador, existen diferencias entre las acciones al portador y las nominativas.

En función de su forma de transferencia, las acciones pueden ser clasificadas en acciones al portador, nominativas y escriturales. A continuación analizaremos las acciones al portador y las nominativas. (Lapique, Las acciones de las sociedades anónimas, Capítulo III, FCU, 2da Edición).

1.1 Acciones al portador.

El artículo 304 de la LSC, prevé la posibilidad de que la sociedad anónima emita acciones al portador, éstas no identifican en el título a su titular y no se expiden a favor de determinada persona, el accionista será el tenedor de las acciones.

Esto permitía el anonimato de los accionistas, dado que no existía un registro llevado por la sociedad del cual surgirían quienes eran los accionistas.

La legitimación del accionista se producía por la tenencia del título, debiendo haberla adquirida su tenedor en forma legítima y a título de dueño.

Son títulos valores al portador los que no se expidan a favor de persona determinada aunque no contengan la cláusula al portador y que su transmisión se producirá por la simple tradición. (ADCO T. 9 pg. 209, T. 7mo Rodríguez Caorsi (r), Troise, Harriague. S. 34/00).

Las acciones al portador se transmiten por la simple entrega, no es necesario el cumplimiento de ninguna otra formalidad. En este sentido, el artículo 52 del Decreto-Ley 14.701 (aplicable por la remisión que hace el artículo 316 de la LSC), establece que su transmisión se realiza por la simple tradición.

1.2. Acciones nominativas.

Las acciones nominativas son aquellas en las cuales se identifica al titular de la acción en el título y además en el Libro de Registro de Acciones Nominativas previsto por el artículo 333. De acuerdo a lo previsto por el artículo 32 del Decreto-Ley 14.701, sólo será reconocido como legítimo tenedor quién figure a la vez en el registro y en el documento.

Gagliardo define a la acción nominativa como la representada por títulos que expresan el nombre de una persona cierta y determinada, que coincide con el que figura como poseedor del mismo título en los libros de la sociedad que los ha emitido. (Gagliardo, Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, pg. 47).

Sasot Betes – Sasot hacen mención a la nominatividad completa cuando no sólo la acción es nominativa, sino también el cupón adherido a ella para el ejercicio de derechos patrimoniales y políticos. La nominatividad sería mixta cuando el título acción es nominativo y el cupón al portador. (Sasot Betes – Sasot, Acciones, Bonos, Debentures y Obligaciones Negociables, Ed. Abaco, pg. 62). El artículo 302 de la LSC

permite la nominatividad mixta dado que expresamente prevé que el cupón podrá ser al portador, incluso en las acciones nominativas.

La nominatividad puede ser convencional u obligatoria. El primer caso refiere a cuando mediante la constitución de la sociedad, se establece que las acciones serán nominativas, o cuando se reforma el estatuto y se acuerda modificar las acciones existentes a nominativas.

La nominatividad es obligatoria cuando es impuesta por la ley. En este caso, para la realización de determinadas actividades por sociedades anónimas, se exige que las mismas tengan acciones nominativas. Se entiende por el legislador que es conveniente conocer a los accionistas de las sociedades, por lo tanto se establece la nominatividad obligatoria de las acciones. Al aprobarse la LSC, en función de lo dispuesto por el artículo 519, que prevé que las prohibiciones, limitaciones y exigencias que la ley establece para que determinadas sociedades realicen cierto tipo de actividades, continuarán en vigencia luego de la sanción de la ley, se mantuvieron vigentes las normas relativas a nominatividad obligatoria.

Olivera García realiza la siguiente enumeración de actividades para las cuales se consagra la nominatividad obligatoria:

- a) Servicios de transporte aéreo internacional (Decreto – Ley N° 14.305 del 29 de noviembre de 1974, Código Aeronáutico (artículos 114 y 115) y Decreto 39/977 de 25 de enero de 1977).
- b) Radiodifusión (Decreto-Ley N° 14.670 de 23 de junio de 1977 y Decreto N° 734/978 de 20 de diciembre de 1978).
- c) Sociedades Anónimas que desarrollan actividad de intermediación financiera (Decreto- Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982).
- d) Farmacias (Artículo 14 del Decreto-Ley 15.703 de 11 de enero de 1985).
- e) Transporte de cargas por carretera (Decreto N° 283/989 de 14 de junio de 1989).
- f) Televisión por cable (Decreto N° 349/990 de 7 de agosto de 1990).
- g) Transporte terrestre (Artículo 319 de la Ley N° 16.170 de 18 de diciembre de 1990).
- h) Empresas de seguridad (Decreto N° 145/91 de 12 de marzo de 1991).

- i) Servicios Regulares de Transporte de personas por carretera y ómnibus afectados a otros servicios. (Decreto N° 228/991 de 24 de abril de 1991).
- j) Casas de cambio (Decreto N° 680/991 de 12 de diciembre de 1991, artículo 6).
- k) Empresas prestadoras de servicios portuarios (Decreto N° 413/992 de 1° de setiembre de 1992).
- l) Seguros (Decreto N° 354/994 de 17 de agosto de 1994, artículo 2).
- m) Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (Ley N° 16.713 del 3 de setiembre de 1995, artículo 92).
- n) Bolsas de Valores (Ley N° 16.749 de 30 de mayo de 1996, artículo 13).
- ñ) Sociedades administradoras de Fondos de Inversión (Ley N° 16.774 del 27 de setiembre de 1996, artículo 5) (Oliver García, Código de Comercio de la ROU y leyes complementarias, 5ª Ed., Montevideo, 2002, pg. 252).

Además de los casos mencionados anteriormente por Olivera García, podemos también mencionar:

- a) Las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAPs) (Ley 16.713 del 11 de setiembre de 1995, artículo 92).
- b) El artículo 73 de la LSC prevé la nominatividad obligatoria de las acciones, si existen prestaciones accesorias conexas a acciones.
- c) En materia de propiedad rural y explotaciones rurales, el artículo 520 de la LSC preveía que se continuarían rigiendo por las disposiciones vigentes. Actualmente este tema se encuentra regulado por la Ley 18.092, publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 2007, que establece que las sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones pueden ser titulares de inmuebles rurales y de explotaciones agropecuarias siempre que sus acciones sean nominativas y pertenezcan a personas físicas.
- d) La Ley 17.703 de fideicomisos, publicada en el Diario Oficial el 4 de noviembre de 2003, en su artículo 12 regula a los fiduciarios profesionales, estableciendo que si son sociedades anónimas, deberán emitir acciones nominativas o escriturales.
- e) Con relación a otros títulos, el artículo 298 de la LSC prevé la posibilidad de emitir certificados provisorios, que necesariamente deben ser nominativos.

1.3 Emisión de acciones nominativas.

La emisión refiere al acto mediante el cual la sociedad expide las acciones como consecuencia de: a) los aportes originales que se realizan para constituir el capital fundacional de la sociedad; b) por aumentos de capital nominales o reales; c) en el caso de reintegro de capital, y; d) cuando se modifica el valor nominal de las acciones.

Bacchi sintetiza en forma excelente las formalidades que deben cumplirse para expedir un título representativos de acciones nominativas: i) Que en el título conste el nombre del accionista (art. 300 num. 5 LSC); ii) Que el nombre de ese titular se haya inscrito en el registro que llevará el emisor de los título, que el mismo debe inscribirse en el registro del creador (al menos cuando la nominatividad no sea de origen legal), requisito que no lo impone la LSC, pero creemos debe cumplirse en virtud de lo dispuesto en el inc. Final del art. 32 de la LTV, y de dada la remisión del art. 316 de la LSC21; y iv) Que se anote en el Libro de Registro de Títulos Nominativos que lleva la sociedad emisora, la creación del título identificado a través de "*el número de orden de cada título, su valor y la individualización del titular*".

1.4 Acciones nominativas endosables.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 304 de la LSC, las acciones nominativas podrán ser endosables o no.

En caso de que las acciones nominativas sean endosables, de acuerdo al artículo 305 de la LSC, se transmitirán por una cadena ininterrumpida de endosos y para el ejercicio de sus derechos el endosatario solicitará el registro. Por lo tanto, es necesaria la entrega del título, el endoso y el registro de la transferencia en el Libro de Registro de Acciones Nominativas (conjunto de actos que se reconocen con el nombre de "*transfert*").

La entrega y el endoso, otorgan el derecho al tenedor del título a solicitar a la sociedad la inscripción de la transferencia en el libro. El artículo 305 prevé que la transferencia de las acciones nominativas deberá notificarse a la sociedad por escrito e inscribirse en sus respectivos registros de acciones. En la medida que no se prevé ninguna forma específica de notificación a la sociedad, cualquier forma que pueda comprobarse en forma fehaciente puede ser utilizada. Si se debe tener en cuenta que ambos requisitos deben ser cumplidos dado que el artículo los requiere en forma acumulativa.

1.5 Acciones nominativas no endosables.

La transferencia de las acciones nominativas no endosables, requiere los mismos requisitos que la transmisión de las acciones endosables, pero en lugar de realizarse el endoso de la acción, el endoso se sustituye por una cesión, considerada en sentido amplio: compraventa, permuta, dación en pago, etc. La transferencia se debe anotar en el título, debiéndose anotar el nombre del adquirente, y es recomendable anotar la fecha y lugar, seguida de la firma del cedente.

1.6 Diferencias entre las acciones nominativas y las acciones al portador.

Podemos resumir las principales diferencias entre las acciones nominativas y las acciones al portador en que:

- a) en la acción nominativa figura el nombre del titular de la acción, mientras que en la acción al portador no, pero con la nueva normativa se deberá informar a la sociedad quién es el titular de las acciones al portador, para que la sociedad informe al Banco Central del Uruguay.
- b) la acción al portador se transmite mediante la sola entrega, mientras que la acción nominativa requiere la entrega, endoso o cesión e inscripción en el libro de Registro de Títulos Nominativos.
- c) en el caso de la acción al portador, la legitimación surge de la posesión de buena fe del título, mientras que en el caso de la acción nominativa, surge de la inscripción en el libro.
- d) se pueden establecer en el estatuto limitaciones a la transferencia de las acciones nominativas, pero no para las acciones al portador.
- e) En el caso de la venta de acciones por sujetos pasivos del Impuesto a la Renta a las Personas Físicas, en la medida que sean acciones al portador, la venta no está gravada por el IRPF. La venta de acciones nominativas, si está gravada por el IRPF (artículo 27 literal E del Título 7 del Texto Ordenado).

De acuerdo a lo mencionado, la diferencia entre las acciones nominativas o al portador no radica en la existencia de derechos económicos o políticos diferentes, sino en la forma diferente en cómo se transmiten las mismas, los tributos a abonar y eventualmente en la posibilidad de limitar su transferencia mediante cláusulas previstas en el estatuto.

El hecho de que la Ley no haya consagrado la nominatividad obligatoria, deja vigentes todas estas diferencias, pero se deberán tener en cuenta todos los aspectos previstos por la Ley que analizaremos a continuación.

2. Sociedades que quedan sujetas a la obligación de informar.

El artículo 1° de la Ley establece que, todo titular de acciones al portador (u otros títulos al portador) de una entidad residente en el país (sociedades anónimas constituidas en Uruguay) deberá proporcionar a la sociedad los datos para su identificación y la sociedad deberá proporcionar esta información al Banco Central del Uruguay. A los efectos de definir a las entidades residentes, el inciso final del artículo 1ero remite a lo previsto por el artículo 13 del Título 4 del Texto Ordenado 1996, que establece que se consideran entidades residentes a las sociedades que se hayan constituida de acuerdo a la legislación Uruguaya y a las sociedades del exterior que establezcan su domicilio en el país.

Según dispone el artículo 2°, también tienen la misma obligación, los titulares de acciones de entidades no residentes, siempre que éstas tengan un establecimiento permanente en el país (según se define en el artículo 10 del Título 4 del Texto Ordenado 1996) o radiquen en Uruguay su sede de dirección efectiva para el desarrollo de actividades empresariales (según se define en el artículo 3 literal B numeral I del Título 4 del Texto Ordenado) en el país o en el exterior. Se entiende que tiene su sede de dirección efectiva en territorio nacional cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.

El artículo 1° aclara que en caso de que exista un tenedor, custodio, mandatario o quién ejerza poderes de representación, con facultades de administración y disposición de las acciones, con iguales facultades que su titular, la identificación deberá de ser del propietario y de quién ejerza estas facultades. También se establece que en caso de desmembramiento de dominio, como en el caso de usufructo, la información debe corresponder tanto al nudo propietario como al usufructuario.

2.1. Entidades exceptuadas de informar.

En el artículo 15 de la Ley, se exceptúa de la obligación de informar a las entidades que hayan emitido títulos al portador se coticen en Bolsa o que hayan sido objetos de oferta pública, siempre que los títulos estén a disposición para su venta, o sea que efectivamente exista un mercado para su compra y venta.

Las entidades que hayan emitido acciones al portador y modifiquen sus títulos a nominativos, podrán solicitar su exclusión del Registro, en las condiciones que establezca el Poder Ejecutivo (artículo 18).

A los efectos de transformar las acciones al portador en nominativa la Ley prevé un trámite abreviado. La modificación en realidad implica una reforma de estatuto, y el trámite especial previsto permite inscribir la reforma directamente en el Registro Nacional de Comercio y realizar las publicaciones, no siendo necesaria ni aprobación o comunicación a la Auditoría Interna de la Nación, pero si su comunicando a ésta oficina en forma concomitante. De esta forma, se logra que el trámite sea más rápido y más económico. Para poder realizar este trámite especial, la reforma de estatuto debe tener exclusivamente esta modificación.

Al pasarse a acciones nominativas, la sociedad deberá comenzar a llevar el libro de Registro de acciones nominativas, inscribiendo en el mismo a los titulares de las acciones nominativas.

La LSC establece que la transformación de acciones al portador en nominativas genera derecho de receso para los accionistas que no voten a favor de la resolución, lo que les permite retirarse de la sociedad y exigir el pago del valor de sus acciones. Se discute si el valor a abonar el valor contable o valor de mercado.

Se prevé una solución especial respecto del derecho de receso, modificando el régimen previsto por la LSC. Se establece que si la resolución de modificación de las acciones de al portador a nominativas se adopta por el 75% o más de los votos, no se genera el derecho de receso.

Se debe tener en cuenta que si no se cuenta con el 75% de los votos y se adopta la resolución, accionistas minoritarios podrán ejercer el derecho de receso y se les deberá reembolsar el valor de sus acciones, lo que implica una erogación para la sociedad y pérdida de recursos.

3. Procedimiento para informar.

Los titulares de las acciones al portador deberán presentar una declaración jurada a la sociedad emisora de las acciones informando los datos que permitan su identificación y el valor nominal de las acciones (artículo 6). El texto del literal A) del artículo 1 no es claro cuando refiere al "*valor nominal de las acciones*", cabe preguntarse si corresponde informar el valor nominal de cada título, o el valor nominal

de la totalidad de los títulos de una entidad. Informar el valor nominal de la totalidad de los títulos puede ser relevante a los efectos de determinar el porcentaje de participación del titular, siempre que se cuente con el capital integrado de la sociedad (obligación prevista para la sociedad en el artículo 6 literal B de la Ley). El capital integrado es igual a la suma del valor nominal de las acciones emitidas. Según la finalidad que se busque por la norma, se debería aclarar este punto, porque el valor nominal solamente es útil para determinar el porcentaje de participación, pero no el valor de las acciones, que depende el valor libros o valor de mercado.

La entidad emisora deberá informar al Banco Central del Uruguay, también mediante declaración jurada la información recibida del titular de las acciones, el monto total de capital integrado y el monto total del patrimonio de la entidad a valores nominales y la participación que corresponda a cada accionista (artículo 6). Entendemos que no es clara la norma cuando refiere al "*patrimonio de la sociedad a valores nominales*", esperemos que la reglamentación aclare dicha expresión.

Se dispone en el artículo 6 que las entidades deberán conservar las declaraciones juradas en las mismas condiciones que las establecidas para los libros sociales. Habrá que ver si esto refiere exclusivamente a la obligación de conservación de veinte años prevista en el Código de Comercio o también a la obligación de foliado cronológico, sin tachaduras, enmiendas, etc. en un libro especial o a ambos aspectos.

Realizada la inscripción en el BCU, la sociedad deberá emitir un certificado al titular de las acciones, en el que constará el registro. El incumplimiento de la entrega del certificado, habilita al titular de las acciones a realizar la inscripción directamente.

De acuerdo al artículo 7, las sociedades también deberán comunicar al BCU toda modificación en el porcentaje de la participación de los accionistas, lo que implica que los titulares de las acciones, también deberán informar.

Los plazos y forma para cumplir con las obligaciones previstas en la norma serán fijados por el Poder Ejecutivo (artículo 16). Un aspecto importante será la formalidad que deba contar la declaración jurada cuando es realizada por accionistas que residen en el exterior. Se deberá estar a la reglamentación para ver si se exige que la declaración jurada sea formulada con certificación de firmas, deba ser legalizada, etc.

3.1. Cometidos del BCU.

El artículo 3 de la Ley crea un registro a cargo del BCU con la finalidad de la custodia y la administración de la información.

Los cometidos del BCU serán: recibir y archivar la información, asegurando su integridad y reserva; emitir los certificados que acrediten la situación registral de las entidades y de los titulares de las acciones; la emisión de información a organismos que tengan acceso a la misma, dentro de los límites establecidos por la Ley y la confección de estadísticas sobre las entidades.

Se otorga al BCU las potestades para custodiar y administrar la información, pero también se le otorga la posibilidad de entregar la información a los organismos que tengan posibilidad de acceder a la misma.

La información proporcionada al BCU será secreta (artículo 5), pero podrán acceder a la misma los siguientes organismos:

a) DGI

El acceso a la información por la DGI procederá cuando se haya iniciado formalmente una actuación inspectiva vinculada a sujetos pasivos determinados o para el cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición.

La norma prevé dos casos específicos, eliminando la posibilidad de solicitudes genéricas sin destinatarios específicos, lo que normalmente se conoce como "*expediciones de pesca*". La solicitud de información debe ser sobre sujetos pasivos determinados y se debe haber iniciado una inspección.

El segundo caso refiere a solicitudes de información por autoridades competentes de Estados extranjeros, siempre que se den los supuestos mencionados anteriormente.

La Ley expresamente prevé que no regirá para el secreto profesional previsto por diferentes normas para solicitar la información que prevé respecto de títulos nominativos y escriturales.

b) Lavado de activos y terrorismo.

Podrá acceder a la información la Unidad de Información y Análisis Financiero del BCU y la Secretaría Nacional Antilavado de Activos para tareas relacionado con la lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

c) Justicia penal o de familia.

Por resolución fundada de la justicia penal o por los juzgados de familia a los efectos de determinar pensiones alimenticias, adoptándose las mismas excepciones que rigen para el secreto bancario, según lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322.

Con las acciones al portador, en muchos casos era complicado comprobar que determinada persona era accionista de una sociedad anónima y esto se utilizaba en los casos de divorcio para abonar una pensión alimenticia menor. Con la posibilidad prevista por la norma, los Juzgados de Familia podrán acceder a la información del registro del BCU y esto será tenido en cuenta al momento de determinar una pensión alimenticia.

d) Junta de ética y transparencia pública.

Siempre que se haya iniciado una actuación vinculada al ámbito de su competencia.

Fuera de los casos anteriores, la reserva sólo podrá ser levantada con la autorización expresa y escrita del titular de las acciones.

La violación de la obligación de reserva por los funcionarios, es considerada delito.

El inciso final del artículo 5 establece que la obligación de secreto alcanza únicamente al BCU y a la AIN. Cabe preguntares entonces si la sociedad deberá proporcionar la información en su poder en caso de un conflicto entre accionistas, solicitud de embargo por acreedores, diligencias preparatorias, etc. debido a que no se consagra por la norma la obligación de secreto para la sociedad.

3.2. Cometidos de la AIN (artículo 4).

Si bien se establece que el BCU será quién reciba y administre la información, la Auditoría Interna de la Nación (AIN) tendrá a su cargo el control del cumplimiento de la obligación de informar, la comunicación de incumplimientos a los organismos

competentes, la imposición y recaudación de sanciones pecuniarias y recibir las denuncias que se realice relativas al incumplimiento de las obligaciones.

4. Sanciones.

La Ley establece varias sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de informar, por lo que entendemos importante analizar la situación actual de cada sociedad y sus accionistas para poder cumplir en tiempo y forma una vez que se apruebe la reglamentación y así evitar sanciones.

4.1. Sanciones a accionistas.

Se sanciona al accionista con la pérdida de sus derechos respecto a la sociedad que le corresponda por su condición de accionista. Esto significa que la sociedad no le podrá pagar dividendos, rescates, reembolsos o el resultado de la liquidación de la sociedad.

Esto será relevante a los efectos de los quórums para asistir a las asambleas y el ejercicio del derecho de voto. De acuerdo al texto de la norma, si los accionistas son directores o empleados, nada les impide continuar actuando como tales ni percibir una remuneración por el desempeño de dichos cargos.

Tampoco se establece nada respecto al cobro de deudas por el accionista si detenta el carácter de acreedor de la sociedad.

La sanción se produce automáticamente por el sólo incumplimiento y se mantienen vigentes hasta la regularización del cumplimiento de la obligación.

4.2. Multa (artículo 8 literal B).

Una multa de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención prevista por el artículo 95 del Código Tributario. Esto significa que la multa puede ser de hasta \$ 475.000.

La Ley no establece en base a qué criterios se aplicará un mínimo o máximo de multa, no estableciendo un criterio objetivo para su determinación.

4.3. Sanciones a las sociedades.

El incumplimiento de la obligación de presentar y mantener la información se sanciona con una multa de hasta cien veces el valor máximo de la multa por

contravención prevista por el artículo 95 del Código Tributario. Esto significa que la multa puede ser de hasta \$ 475.000.

No es clara la redacción a si la multa se genera por cada incumplimiento o si es una única multa por todos los incumplimientos.

La falta de presentación en plazo de las declaraciones juradas por la sociedad, hace presumir la falta de actividad, suspendiéndose la emisión del certificado único. El artículo 13 prevé que la AIN informe a la DGI de los incumplimientos.

La Ley establece sanciones a las sociedades por no presentar las declaraciones juradas en plazo. La sociedad tendrá la posibilidad de presentar la información relativa al capital integrado de la sociedad y de los accionistas que le presenten las declaraciones juradas. Puede suceder entonces, que informe que el capital integrado es 100.000 y que presente declaraciones de accionistas por acciones que representan 90.000 de ese capital integrado. Tanto la AIN como el BCU podrán apreciar que falta la declaración jurada por acciones equivalentes a 10.000.

Cabe analizar que sucede si la sociedad no recibe de sus accionistas las declaraciones juradas para cumplir con la obligación de informar. La Ley no prevé nada al respecto, habrá que esperar a ver si la reglamentación regula este punto.

Puede suceder que existan accionistas desconocidos y que la sociedad no pueda presentar las declaraciones juradas respecto del total de su capital integrado. Conocemos casos en que se desconoce la propiedad de ciertos porcentajes del capital integrado de la sociedad.

Se podría dar otra situación aún más compleja, que es que un accionista minoritario, deliberadamente no presente la declaración jurada a la sociedad, para que la sociedad no pueda cumplir y sea pasible de sanciones. Esto podría generar un perjuicio importante a la sociedad, especialmente en lo referente a la suspensión del certificado único.

Si se realizan pagos por dividendos, rescates, reembolsos o producido de la liquidación a los accionistas que no han cumplido con su obligación de informar, se sanciona con una multa cuyo máximo será equivalente al monto distribuido indebidamente.

4.4. Sanciones a los representantes (artículo 9 inciso final).

La Ley establece que los representantes legales y voluntarios de las sociedades, serán responsables por su actuación personal en el incumplimiento de la sociedad.

Se debe tener en cuenta que la responsabilidad es de los representantes, no de los directores, por lo que podría haber directores que no son representantes y no serían responsables.

Se establece una responsabilidad personal, por lo que habrá que considerar la conducta individual de cada representante a los efectos de proceder a aplicar la sanción. En este aspecto, la norma se aparta de lo dispuesto por la LSC en materia de responsabilidad de directores que los hace a todos solidariamente responsables por el incumplimiento de la ley (artículo 391 de la LSC). En este caso, sería aplicable el régimen de responsabilidad más benévolo establecido en la Ley por referirse a un aspecto específico generador de responsabilidad y por ser posterior en el tiempo.

4.5. Sanciones a adquirentes de títulos (artículo 10).

Se establece que el adquirente de títulos al portador, deberá requerir al vendedor prueba fehaciente que ha cumplido con la obligación de registro de sus datos en el BCU.

El incumplimiento de lo anterior determinará la responsabilidad solidaria del adquirente respecto a las sanciones que le sean aplicables al enajenante.

10) Conclusiones

Tal como dijéramos al principio, se trata de un tema sensible y controvertido, en donde juegan por un lado los valores individuales como la libertad y la confianza y por otra parte la política de Estado en materia económico financiera.

La rigidez del secreto bancario en Uruguay fue variando de forma tal que existe hoy una flexibilización importante del mismo, que pensamos admitirá variaciones y cambios toda vez que el perfil de la política financiera en nuestro país intente tomar un rumbo determinado con objetivos específicos de acuerdo a los intereses que se intenten proteger.

Las potestades tributarias se han visto incrementadas, y como dijéramos, pensamos que puede haber traspasado una delgada línea hacia situaciones que vulneran derechos.

Hoy en día, contrario a lo que acontecía en el pasado donde el secreto bancario buscaba la protección del derecho a la intimidad, otorgando estabilidad y confianza en el sistema financiero, parecería que las necesidades han variado y además de estos principios se busca también la transparencia y el intercambio de información.

Opinamos que la controversia como está planteada en la sociedad, de si derogar o no el secreto bancario no es el fondo del asunto, sino que lo que hay que analizar en profundidad, reglamentar e intentar proteger son los interés fiscales sí, **pero sin vulnerar derechos personales.**

Nuestro sistema financiero históricamente ha tenido como pilar básico y fundamental el secreto bancario, pero dadas las presiones que recibe del exterior, ya sea tanto de países como de organizaciones internacionales, debe analizar cómo conciliar la historia y la salvaguarda de la intimidad con la posición financiera que está adquiriendo la región y que de alguna manera habrá que acompañar, porque no olvidemos los interés económicos que estos acuerdos también conllevan.

Es por eso que actualmente se consagra una tercera flexibilización al secreto bancario de acuerdo a la OCDE, destinada a un sujeto calificado: la Administración Fiscal.

Los organismos tributarios acrecientan sus potestades, por lo que es necesario no renunciar a los intereses de los particulares.

Los grandes problemas de las Leyes y convenios entre países no son los textos en sí sino cómo los operadores judiciales hagan uso de ellos mismos.

A su vez, estas reformas cada vez más brindan un papel más participativo al Poder Judicial que deberá no ya solamente dar trámite al asunto, sino realizar un exhaustivo estudio del caso en particular y, en definitiva, de la tutela jurisdiccional que realice sobre el punto, y de los límites que el Poder Judicial imponga a la Administración dependerá la funcionalidad o no de la reglamentación.

11) BIBLIOGRAFÍA

- a- Evolución del secreto bancario en Uruguay** - Dr. Julio Facal. ABOGADO.- Plaza Financiera, Octubre 2010.- año 2 – N° 21.-
- b- El secreto bancario y las operaciones activas** - Dr. Gamarra, Jorge - Cita Online: D2484/2009
- c- El secreto bancario en Uruguay** – Guzman Acosta – Cita Online: D417/2009 - Tomo: La Ley Uruguay 2009-8.-
- d- La evaluación de la OCDE sobre Uruguay** - Rodríguez Bosch, Matías - La Ley Uruguay 2011-10-Consultor Tributario 2011 (noviembre).-
- e- Nuevas normas sobre secreto bancario en Uruguay** – Dr, Costa Franco, Leonardo, abogado, Master en Tributación Internacional en la Universidad de Harvard, MA en 1998. Profesor Titular de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Fiscalidad Internacional del Posgrado de Tributación de la Facultad de Ciencias Empresariales de la mencionada Universidad. Integra el Consejo Consultivo de la Revista Consultor Tributario editada por la Ley en Uruguay Cita Online: D4159/2010 -Consultor Tributario 2011 (enero)
- f- Acuerdo suscrito por Argentina y Uruguay para el intercambio de información tributaria y método para evitar la doble imposición** - Abadi Pilosof, FélixGarcía, Rafael Socios de RUEDA ABADI PEREIRA. Félix Abadi es Catedrático de Impuestos en la Universidad ORT Uruguay.-
- g- Fisco y relevamiento del secreto bancario. La dudosa constitucionalidad de la ley N° 18.718** – Dr- **Adriasola, Gabriel**, Profesor de postgrado en la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Postgrado en Derecho Penal Económico en la Universidad de Montevideo. Profesor de Postgrado en Derecho Penal Empresario en la Universidad Austral de Buenos Aires. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho del CLAEH.
- h- La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal** - Cabezudo Bajo, María José, Madrid, Iustel, 2004, p. 80.

- i- La evasión fiscal en la Argentina** - Villegas, Héctor B. y otros —DF— t. XXIII, citado por Diez, Humberto. Cfr DIEZ, Humberto y Coto, Alberto P.: "Propuestas técnicas para enfrentar la evasión", año 2000, Doctrina Tributaria N° 249.
- j- Los ilícitos tributarios y sus sanciones** - Berro, Federico, FCU, cit. por MAZZ, Addy, La elusión y la evasión de impuestos..., cit., p. 68.
- k- Criminalización de las infracciones tributarias** - BERRO, Federico, revista Tributaria, t. XXV, 144, mayo-junio 2009, p. 330.
- l- La evasión impositiva y los Derechos Humanos** - MARFARITTI, Antonio, Argentina.
- m- Modificaciones en las SAFI, Economía y Mercado** - ENRIQUE ERMOGLIO - Diario EL País - 19 de abril de 2010.
- n- Acciones al portador: régimen informativo de la Ley 18.930** – Dr. Lapique, Luis - Doctor en Derecho, UCUDAL. Socio de Lapique & Santeugini Abogados. Master en Derecho (LLM), en la Universidad de Iowa, EEUU. Integrante del Executive Committee de la International Alliance of Law Firms. Docente en la UDELAR y cursos de posgrado de la ORT - La Ley Uruguay 2012-9-Consultor Tributario 2012 (septiembre).