

¿AUTORIZACIÓN IMPLÍCITA? LA VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

IMPLIED AUTHORIZATION? VIOLATION OF BANK SECRECY IN CONSUMER PROTECTION PROCEDURES THAT DEAL WITH PASSIVE OPERATIONS

Ayrton Erick Huamán Núñez
<https://orcid.org/0009-0009-4069-0070>
Universidad de Piura
ayrton.huaman@udep.edu.pe

Omar Alfredo Damián Medina
<https://orcid.org/0000-0002-0630-8060>
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
odamian@mclegales.com
Perú

<https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n1.10>

Recibido: 7 de febrero de 2023.

Aceptado: 7 de agosto de 2024.

SUMARIO:

- Introducción
- La protección al consumidor financiero frente a operaciones no reconocidas
- Operaciones pasivas y activas, ¿por qué es importante diferenciarlas?
- ¿Autorización implícita para levantar el secreto bancario?
- Razones para negar la validez jurídica de una autorización tácita del levantamiento del secreto bancario
- Exoneración de responsabilidad administrativa de la entidad financiera
- Conclusión
- Fuentes bibliográficas

RESUMEN

Durante los últimos años, algunos órganos resolutivos del Indecopi especializados en protección al consumidor han solicitado a diversas entidades financieras información sobre las operaciones pasivas de los consumidores denunciantes, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Este requerimiento es jurídicamente inválido, en tanto que infringe el principio constitucional *pro hominen*, el principio de verdad material y el principio de consentimiento en materia de datos personales. No obstante, en caso la entidad financiera suministre dicha información

en el contexto antes indicado, no podría ser sancionada, pues se configuraría uno de los eximentes de responsabilidad previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

PALABRAS CLAVE: Operaciones Pasivas, Protección al Consumidor, Secreto Bancario.

ABSTRACT

Over the past few years, some Indecopi decision-making bodies specialized in consumer protection have requested information from various financial entities about the passive operations of complaining consumers, within the framework of a sanctioning administrative procedure. This requirement is legally invalid, as it violates the *pro hominem* constitutional principle, the material truth principle and the consent principle in matters of personal data. However, if the financial entity provides said information in the context indicated above, it could not be penalized, since one of the exemptions from liability provided in the General Administrative Procedure Law would be configured.

KEYWORDS: Passive Operations, Consumer Protection, Bank Secrecy.

INTRODUCCIÓN

Los procedimientos administrativos sancionadores referidos a las relaciones de consumo en el sector financiero, desarrollados durante el último año, tuvo por parte de algunos órganos resolutivos del

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi), un pronunciamiento atípico, invocando un criterio jurisprudencial no vinculante emitido anteriormente por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi (en lo sucesivo, la Sala), mediante el cual, se ha requerido información sobre las operaciones pasivas del consumidor a las entidades financieras denunciadas en dichos procedimientos, sin contar con la expresa autorización de su titular.

Al respecto, existen fundadas razones para afirmar que dichos requerimientos vulneran el secreto bancario de los clientes que no autorizan expresamente su levantamiento, aunque, antagónicamente, la finalidad del Indecopi sea velar por sus derechos. Sin embargo, bien es sabido que no resulta conveniente sobreponer la celeridad frente a la legalidad, en tanto que una decisión de tales características asienta malos precedentes y es capaz de abrir puertas a otro tipo de irregularidades.

Para explicar ordenadamente cada una de las razones antes indicadas, en primer lugar, se expondrá brevemente en qué consisten las relaciones de consumo financieras, para luego explicar por qué es importante distinguir las operaciones activas, pasivas y neutras que se producen en las relaciones jurídicas entre una entidad financiera, que actúa como proveedor, y un consumidor financiero.

Posteriormente, citaremos cuál ha sido el criterio jurisprudencial aplicado por los organismos resolutivos del Indecopi y se expondrán tres motivos por los que esta posición jurídica no resulta ser correcta. Finalmente, tomando en cuenta que una entidad financiera se podría ver compelida por los órganos resolutivos del Indecopi, y potencialmente sancionada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (a futuro, la SBS) al entregar información protegida por el secreto bancario sin autorización de su titular, se determinará si dicha conducta configura o no como una infracción susceptible de ser reprimida.

LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO FRENTE A OPERACIONES NO RECONOCIDAS

El capítulo V de la Ley 29 571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (a futuro, el Código) recoge el conjunto de disposiciones normativas aplicables a las relaciones de consumo, sin exceptuar aquellas relaciones

de índole bancario o financiero. Respecto a la actividad bancaria, Stucchi, Bezada y García han señalado lo siguiente:

La actividad bancaria es una actividad intermediación y se define como la compra de títulos, entendidos estos como los préstamos que reciben a modo de ahorro de sus clientes; y, la venta de títulos, concedidos como créditos a terceros, también clientes, en donde, la diferencia de las tasas de interés entre ambos títulos (menos los gastos operativos) constituye la ganancia del banco. Es decir: el *spread* bancario” (2021: 16).

Contextualizado así el marco de nuestra investigación; en primer término, debemos resaltar la importancia del *deber de idoneidad*, considerado como una de las categorías más importantes que tutelan a los consumidores en el mercado, no siendo la excepción el mercado de servicios financieros.

Al respecto, el Código, a través de su artículo 18°, apunta a proteger la correspondencia entre aquello que un consumidor espera, en contraste a lo que efectivamente recibe. Por tanto, podemos afirmar que esta disposición opera en todos los extremos de las relaciones de consumo, no siendo la excepción, la actividad financiera. De ese modo, busca asegurar que el consumidor goce de un producto o servicio financiero acorde a lo que se hubiese ofrecido o contratado, en razón a la oferta del proveedor.

Sobre este punto, Damián, refiere que:

Estamos frente a una norma bipartita que se instaura desde una doble perspectiva, que: (i) Por una parte, ampara el Derecho del Consumidor, de exigir el cumplimiento de lo que espera recibir (*ex ante*) frente a lo que efectivamente recibe (*ex post*); y, (ii) por otra, resalta el Deber del Proveedor de cumplir todas las expectativas legítimas y razonables que el consumidor origine en virtud a lo previamente ofrecido e informado y que aquello que recibirá, se ajuste a las circunstancias del caso, así como a la aptitud y naturaleza propia del producto o servicio para atender a la finalidad por la cual ha sido puesto en el mercado (2019: 455).

A diferencia de otro tipo de relaciones de consumo, las que se entablan en un mercado financiero, por su alta complejidad, acentúan las consecuencias que trae consigo la asimetría informativa. Por dicho motivo, el legislador ha visto conveniente determinar que, en materia de servicios financieros, las empresas supervisadas por la SBS se rijan por el Código, la normatividad complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros y las demás normas que reglamentan dicha ley, conforme a lo establecido en el artículo 81° del Código.

Todo este bloque normativo que regula las relaciones de consumo financieras, según el numeral 20.a del artículo 20° del Código, contiene diversas garantías legales, las cuales no pueden ser desconocidas bajo ningún motivo por las entidades que participan en el sistema financiero, ni tampoco son susceptibles de ser oponibles por algún pacto en contrario ni renunciables por parte del consumidor.

Por tanto, resulta claro que la intención del legislador ha sido recortar el ámbito de aplicación de las garantías implícitas en las relaciones de consumo financieras, dejando que sea la ley aquella que establezca cuáles deben ser los términos y garantías mínimas en las que se deben desenvolver. Ahora bien, esto no significa que las garantías implícitas no operen en el marco de este tipo de relaciones jurídicas, sino que, por el contrario, su proyección es menos amplia a diferencia de las demás, lo que se encuentra justificado por las particularidades de la actividad del proveedor y la dinámica propia de este sector del mercado.

Uno de los derechos que forma parte de este conjunto de garantías establecidas legislativamente para las relaciones de consumo financiera es el secreto bancario. En efecto, tal como se verá en los puntos siguientes, los consumidores financieros tienen el derecho a la confidencialidad de la información respecto de sus operaciones pasivas, por parte de la entidad financiera que los custodia, a menos que brinde su expresa autorización o se configure alguno de los supuestos establecidos por la ley.

OPERACIONES PASIVAS Y ACTIVAS, ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE DIFERENCIARLAS?

En el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores en los que se discute la validez de las operaciones financieras, es importante tener en cuenta que no todas obedecen a la misma naturaleza. En efecto, uno de los criterios de clasificación de las operaciones financieras consiste en dividir las operaciones pasivas, activas y neutras, dependiendo de si estas se reflejan como una deuda o un crédito en el patrimonio de la entidad financiera.

Según el literal 2.m del artículo 2° de la Resolución SBS 8181-2012, *Reglamento de transparencia de información y contratación con usuarios del sistema financiero*, las operaciones activas son aquellas que implican

el desembolso de dinero en efectivo o el otorgamiento de una línea de crédito bajo cualquier tipo de modalidad contractual.

A su turno, el literal 2.n del artículo 2° del mismo cuerpo reglamentario citado anteriormente, conceptualiza las operaciones pasivas como aquellas por medio de las cuales la entidad financiera capta fondos de sus usuarios, bajo cualquier modalidad contractual.

En la misma línea de atención, se entiende por operaciones neutras aquellas en las que la entidad financiera simplemente ofrece servicios de intermediación a sus usuarios, pero sin que dicha operación influya de forma de alguna en su patrimonio, tales como los giros, el pago de servicios públicos, etc.

En este punto, conviene detenernos y cuestionar, ¿Por qué es importante saber reconocer el tipo de operación financiera en el marco de un procedimiento administrativo de consumo? Particularmente, porque, conforme al artículo 140° de la Ley 26 702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en lo sucesivo, la Ley General del Sistema Financiero), las operaciones pasivas se encuentran protegidas por el secreto bancario, mientras que las operaciones activas y neutras no lo están.

Conforme a esta disposición legal, existe la proscripción explícita para las entidades del sistema financiero de suministrar información referida a las operaciones pasivas de sus clientes, a menos que ellos mismos hayan dado su autorización por escrito, se trate de información no protegida por el secreto bancario o hubiera sido solicitada por las autoridades expresamente habilitadas para levantar el secreto bancario.

Este marco legal incide en los procedimientos administrativos sancionadores de consumo que versen sobre operaciones financieras pasivas. Así, en aquellos casos en los que un consumidor denuncie ante los órganos resolutorios del Indecopi la comisión de infracciones referidas a operaciones pasivas, estos no podrán requerir, de oficio, dicha información a la entidad financiera denunciada, a menos que el consumidor haya brindado su autorización por escrito.

¿AUTORIZACIÓN IMPLÍCITA PARA LEVANTAR EL SECRETO BANCARIO?

Durante el 2022, 2023 y 2024, algunos órganos resolutorios del Indecopi han emitido criterios que contradicen lo previamente expuesto. Se

trata de un grupo de casos en los cuales se denunció infracciones normativas ligadas a operaciones pasivas y donde los consumidores presuntamente afectados, no adjuntaron su autorización de levantamiento de secreto bancario por escrito.

Al respecto, los distintos órganos resolutivos que conocieron estas denuncias solicitaron información protegida por el secreto bancario a la entidad financiera presuntamente infractora, la cual no presentó la información indicando que, para ello, era necesario cumplir con lo establecido en el artículo 140° de la Ley General del Sistema Financiero; y, a pesar de este argumento, la autoridad competente concluyó que la falta de entrega de la información solicitada había sido injustificada.

La base jurisprudencial en la cual se ampararon los órganos resolutivos fue un pronunciamiento de la Sala Especializada en Protección al Consumidor contenido en la Resolución Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, cuyo texto señala lo siguiente:

11. [...] Tratándose de un procedimiento iniciado a raíz de una denuncia de parte por el cuestionamiento de una determinada operación financiera, es el propio consumidor quien está solicitando que se verifique la validez de la referida operación bajo los parámetros establecidos en la legislación sectorial pertinente, a efectos de que la Autoridad Administrativa pueda discernir si la atribución de responsabilidad respecto de esta correspondía a la empresa del sistema financiero o a su cliente.

12. De acuerdo a lo señalado carece de sustento alegar que el ORPS carecía de autorización para proceder a la revisión de la operación materia de denuncia y, por ende, que su requerimiento de información contravenía la prohibición de vulneración del secreto bancario del denunciante, puesto que la finalidad misma del procedimiento incoado por el cliente de la CMAC Piura era verificar la validez de la operación.

13. Una interpretación en contrario, implicaría atribuir una finalidad irracional a la prohibición de vulneración del secreto bancario en el marco de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor, al impedir la verificación de la validez de una operación financiera aun cuando es cuestionada por el propio cliente al que fue imputada.

14. La finalidad de las disposiciones relativas al secreto bancario es únicamente salvaguardar la privacidad económica de los clientes de las entidades financieras, pero esta no se aplica cuando es el propio cliente el que recurre a una autoridad administrativa a efectos de solicitar la revisión de las operaciones que estén siendo cargadas en sus cuentas pasivas.

De la lectura de este pronunciamiento, se deduce que, en aquella oportunidad, para la Sala y, actualmente, para los órganos resolutivos que han traído recientemente a colación dicha posición, la presentación de una denuncia por operaciones no reconocidas, “implícitamente” trae consigo una autorización de levantamiento de secreto bancario¹.

Al respecto, existen por lo menos tres (3) razones para sostener que este criterio jurisprudencial es incorrecto. No obstante, de manera previa, resulta importante hacer dos anotaciones sobre este tema.

En primer lugar, existe una resolución emitida por la Sala con fecha posterior a la citada por los órganos resolutivos del Indecopi sobre la autorización del levantamiento del secreto bancario, mediante la cual, a través de los fundamentos 16 y 17 de la Resolución Nro. 3380-2017/SPC-INDECOPI, la Sala del Tribunal del Indecopi, señaló:

16. El artículo 140° de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero del Sistema de Seguros y Orgánica de Banca, Seguros y AFP, impide a las empresas que conforman el sistema financiero suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, salvo medie autorización expresa o se trate de determinados supuestos contemplados los artículos 142° y 143° de la citada norma.

17. Pese a no contar con una definición legal expresa del secreto bancario, el Tribunal Constitucional ha señalado que la “protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad – términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos – de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente, público o privado, pertenecientes al sistema bancario o financiero”, precisando que el alcance de dicha prohibición se restringía a las operaciones pasivas relacionadas a las cuentas de los clientes de una empresa financiera o bancaria.

Por tanto, verificando la existencia de este antecedente jurisprudencial que precisa que la autorización del levantamiento del secreto

1 Al momento de la elaboración de la presente investigación, en lo que va del año 2024, algunas de las resoluciones en las que se ha adoptado este criterio son: Resolución Final Nro. 741-2024/ILN-PSO, Resolución Final Nro. 636-2024/ILN-PSO y Resolución Final Nro. 558-2024/ILN-PSO. Por su parte, en el año 2023, las resoluciones fueron: Resolución Final Nro. 40-2023/PSO-INDECOPI-HRZ y la Resolución Final Nro. 28-2023/PSO-INDECOPI-HRZ. Finalmente, en el año 2022, las resoluciones fueron: Resolución Final Nro. 93-2022/ILN-PSO, 125-2022/ILN-PSO, 247-2022/ILN-PSO, 386-2022/ILN-PSO, 391-2022/ILN-PSO, 386-2022/ILN-PSO, 416-2022/ILN-PSO, entre otras.

bancario debe ser expresa, lo más adecuado hubiera sido que los órganos del Indecopi que decidieron amparar su decisión en un criterio jurisprudencial diferente y anterior, debieron justificar debidamente las razones que motivan este cambio, con miras a procurar el respeto por el principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Sobre este último punto, resulta importante señalar que, en razón al principio de confianza legítima, se:

[...] pretende orientar la actividad de la autoridad administrativa hacia la certera comprensión de su actividad, los requisitos, gestión, plazo de demora y posibles respuestas que se podrían obtener a partir que se encuentra obligada a brindar información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo. De ese modo, la norma avizora que las actuaciones de la autoridad administrativa serán congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas, siempre que obedezcan a la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que existan nuevos criterios que, debidamente fundamentados, se aparten de la predictibilidad en la que se enmarcaban. Bajo esta fórmula, el legislador pretende salvaguardar y preservar la seguridad jurídica del ordenamiento nacional, alejándolo de las posibles irregularidades que puedan mal encaminar la interpretación de las normas aplicables y la jurisprudencia (Damián y Rivero, 2019: 888-889).

En el mismo sentido, Damián y Rivero, añaden que: La confianza legítima institucional de esta agencia de competencia, sólo se construirá sobre la uniformidad jurisprudencial que persiga cada una de las resoluciones que sus distintos órganos resolutivos centralizados y descentralizados emitan en cada una de sus instancias, alineados a la normatividad y los principios rectores vigentes que rigen nuestro Sistema de Protección y Defensa del Consumidor (2019: 892).

La segunda cuestión que vale la pena analizar es si las disposiciones de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG) que cita el Indecopi, es suficiente para sustentar las razones por las que decide requerir información de las operaciones pasivas de los clientes de una entidad financiera.

Al respecto, el numeral 117.1 del artículo 117° de la LPAG reconoce a todo administrado el derecho de solicitar por escrito a una autoridad administrativa, de forma personal o a través de su representante, la satisfacción de un interés legítimo, obtener una declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

Por su parte, el artículo 124° del precitado cuerpo normativo, establece los requisitos que debe cumplir toda solicitud formulada a una autoridad administrativa, dentro de los cuales se encuentra la expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye, y los de derecho, cuando le sea posible.

Sobre la base legal antes expuesta, en aquella antigua Resolución Final Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, la Sala precisó que dos de los requisitos que debían cumplir una denuncia administrativa es que sea presentada por escrito y que el administrado señale claramente la pretensión que persigue. Sin embargo, no se entiende de forma clara cómo es que estos dispositivos legales respalden suficientemente la decisión que se adoptó.

En efecto, como se estudiará más adelante, aunque el artículo 140° de la Ley General del Sistema Financiero solo precise que el levantamiento del secreto bancario debe realizarse por escrito, lo cierto es que también es necesario que sea expreso. Por otro lado, si bien el administrado plantea como pretensión específica que los órganos resolutivos del Indecopi verifiquen la validez de las operaciones pasivas que no reconoce, esto no equivale a brindar su autorización para el levantamiento del secreto bancario.

Asimismo, es importante recordar que el administrado cuenta con el derecho de determinar las operaciones sobre las cuales desea revelar información, así como el periodo en el que transcurrieron, facultad que se vería limitada si se toma como implícita dicha autorización.

Una vez presentadas estas cuestiones de forma preliminar, se comenzará a desarrollar los motivos por los que no es posible considerar que el criterio jurisprudencial analizado en la presente investigación sea jurídicamente correcto.

RAZONES PARA NEGAR LA VALIDEZ JURÍDICA DE UNA AUTORIZACIÓN TÁCITA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO

La interpretación *pro hominem* del artículo 140 de la LGSF

En el ordenamiento jurídico peruano, el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce que toda persona tiene derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria. Además, la referida norma suprema lista los seis funcionarios que cuenta

con la potestad de determinar el levantamiento de los derechos antes mencionados.

El fundamento de esta institución no es meramente jurídico, pues está íntimamente relacionado con el quehacer humano en todas sus dimensiones: sociológica, económica y política (Bartels et. al., 2010: 73). Sin embargo, en el presente artículo solo se abordará el secreto bancario desde el punto de vista normativo, en tanto que la situación materia de análisis está estrechamente ligada a esta perspectiva. Ahondar en las otras causas que fundamentan la existencia del secreto bancario sería innecesario y desbordaría la finalidad que se pretende lograr.

Entonces, ¿Cuál es el fundamento jurídico del secreto bancario? A nivel doctrinario, se han desarrollado hasta ocho teorías que tratan de explicar el secreto bancario desde el punto de vista normativo; no obstante, para Cervini, aquella que realmente explica la razón de ser de esta institución es la que encuentra su razón de ser en el derecho constitucional a la intimidad (2016:13). Sobre esta teoría, el autor antes mencionado, expresa que “el secreto en general, como instituto protegido por un Estado con vocación democrática, está ineludiblemente vinculado a la tutela de un derecho fundamental como lo es la intimidad y privacidad, expresiones del paradigma de portada general de la libertad” (Cervini, 2016:19).

Asimismo, agrega lo siguiente:

(...) la esfera de secreto (*Geheimphäre*) atiende a aquellos hechos, noticias o datos que por su naturaleza resultan vocacionalmente inaccesibles a todo el que no sea titular personal directo y quien lo es, tan solo, en su carácter de confidente necesario del secreto. Se ha expresado que este campo de la intimidad se consustancia con lo más medular de la libertad pues trasciende su protección y defensa externa conectándose con un aspecto relevante del sentido interno” (Cervini, 2016: 22).

Esta forma de entender el secreto bancario es compartida por el máximo intérprete de la Constitución peruana, lo cual se vio reflejado en la sentencia emitida en el marco del Expediente 1219-2003-HD/TC, a través de la cual, el Tribunal Constitucional, señaló que:

(...) el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su

conocimiento y acceso solo pueden levantarse a pedido de juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado.

A razón de ello, podemos afirmar que, de este criterio jurisprudencial se pueden extraer hasta dos (2) conclusiones: La primera es que a pesar de que el secreto bancario se encuentre regulado en la Constitución no es un derecho constitucional autónomo, sino que forma parte del contenido del derecho a la intimidad.

En adición a ello, resulta importante traer a colación otro pronunciamiento recaído en la sentencia emitida en el marco del Expediente 4-2004-AI/TC, mediante la cual, el Tribunal Constitucional, hace referencia al lugar que ocupa el secreto bancario dentro del derecho a la intimidad, precisando que:

(...) el derecho a la intimidad no importa, *per se*, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituya una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución.

A su vez, debe tenerse presente que, respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido “no esencial”).

En criterio de este Colegiado existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2° 7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica del individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de delitos económicos; c) el propósito constituyente al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2° 5), él ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.

En la línea de lo manifestado por nuestro Tribunal Constitucional, queda claro que el secreto bancario no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad; sin embargo, esto no quiere decir que no esté integrado en su contenido constitucional. En ese sentido, si alguien infringe el secreto bancario más allá de los límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico, indefectiblemente estaría violando el derecho constitucional a la intimidad.

En el Perú, los límites al secreto bancario se han establecido en un orden subjetivo y objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, existen autoridades e instituciones que pueden solicitar información sobre el secreto bancario, las cuales se encuentran listadas en el artículo 2.5 de la Constitución Política y en el artículo 143° de la LGSF.

Por otro lado, en cuanto al orden objetivo, dichas autoridades solo podrán solicitar información en aquellos contextos enmarcados por la propia ley. Fuera de estos supuestos, será necesario que el titular de las operaciones pasivas preste su autorización por escrito, tal como lo precisa el artículo 140° de la LGSF.

Afortunadamente, el criterio jurisprudencial aquí comentado no implica que el Indecopi haya indicado que no necesita de autorización para solicitar información sobre operaciones pasivas, sino que, por el contrario, presupone que la denuncia por la cual, un consumidor denuncia a la entidad financiera, implica, *per se*, una autorización para el levantamiento del secreto bancario. Así, para la autoridad de consumo, se estaría cumpliendo con el presupuesto establecido por el artículo 140°, en la medida que exige que la autorización sea por escrito, en tanto el documento que contiene la denuncia, a su criterio, resulta serlo. Sin embargo, este razonamiento es incompleto, pues no se toma en consideración que el artículo 140° debe ser aplicado a la luz de los criterios de interpretación constitucional, ya que se trata de una norma constitucional adscripta, pues forma parte del contenido constitucional del derecho a la intimidad.

Según Castillo Córdova, las normas constitucionales pueden ser normas constitucionales directamente estatuidas y normas constitucionales adscriptas. Las primeras son aquellas que se desprenden de las propias disposiciones constitucionales; contrariamente, las segundas son concretizaciones que realizan los diferentes órganos públicos de las normas constitucionales directamente estatuidas (2013:10).

Estas últimas, también gozan de naturaleza constitucional, pues “[a]l ser concreciones directas y necesarias para la plena operatividad de las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, irremediablemente la concreción tiene valor constitucional, por lo que le corresponde rango constitucional, salvo que el Constituyente decidiese algo distinto” (Castillo, 2022: 38).

Por lo antes expuesto, es posible afirmar que el artículo 140° de la LGSF contiene una norma constitucional adscripta, toda vez que concretiza la norma directamente estatuida que se encuentra contenida en el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Por tanto, dicho carácter, obliga a los operadores jurídicos a interpretar su mandato conforme a los criterios de interpretación constitucional, entre ellos, el principio *pro homine*.

Según lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 299-2015-PA/TC, el principio *pro hominem* es un mandato hermenéutico que puede ser definido de la siguiente manera:

El principio *pro hominem*, denominado también “regla de la preferencia”, que establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el Juez constitucional escoger aquella que conlleve mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio.

Conforme hemos señalado anteriormente, es cierto que el artículo 140° de LGSF no indica que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser expresa o tácita; simplemente se limita a precisar que debe ser por escrito. Sin embargo, ante tal omisión, es imperativo que los operadores jurídicos interpreten dicha norma constitucional adscripta conforme al principio *pro hominem*.

En consecuencia, resulta conveniente preguntar, ¿de qué forma se asegura mejor el cumplimiento del derecho fundamental a la intimidad?, ¿interpretando que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser expresa o tácita? En definitiva, la respuesta no puede ser otra que decantarse por una interpretación que permita concluir que el levantamiento del secreto bancario debe ser expreso, en razón a que, de esta forma, el titular de las operaciones pasivas resguardadas por tal mandato constitucional verá mejor protegida su intimidad.

En efecto, es importante recordar que el titular del secreto bancario tiene la facultad no solo de decidir si brinda su autorización para que

una entidad financiera entregue información referida a las operaciones pasivas, sino también para determinar sobre qué periodos se entrega tal información. Así, un ciudadano podría simplemente indicar que la información sobre un determinado lapso sea cual sea este, no le sea revelado a la Administración Pública y no forme parte del expediente administrativo, sin necesidad de dar alguna explicación al respecto.

Por lo expuesto, resulta claro que, a la luz del principio *pro hominem*, el derecho a la intimidad, manifestado a través del secreto bancario, queda mejor resguardado si se interpreta que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser escrita y expresa, pues, si se entiende que dicha permisión puede ser tácita, se facultaría a la Administración Pública a pedir información financiera de los ciudadanos sin siquiera preguntarse si dentro de los periodos arbitrariamente elegidos por esta, existen operaciones pasivas que el administrado no quiere que sean reveladas.

El principio de verdad material como elemento rector del comportamiento de los órganos resolutivos del Indecopi

Otro de los motivos por los cuales no resulta posible encontramos de acuerdo con el criterio jurisprudencial establecido en la antigua Resolución Final Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, el mismo que viene siendo invocado y aplicado por algunos de los órganos resolutivos del Indecopi, radica en la omisión abierta al principio de verdad material.

En razón al principio de verdad material, se impone a la Administración la obligación de ejecutar todos los actos conducentes a determinar la verdad de los hechos. En ese sentido, como bien ha indicado Jiménez Murillo, en los procedimientos administrativos “prima la verdad material sobre la verdad formal” (2011:67).

Sobre el caso particular analizado, se verifica que los órganos resolutivos del Indecopi que han optado por considerar que una denuncia administrativa equivale a autorizar implícitamente el levantamiento del secreto bancario, violan el principio de verdad material en dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, si bien la Administración Pública tiene la obligación de indagar a través de todos los medios posibles la verdad objetiva en un procedimiento, estos mecanismos empleados tienen una limitación expresa en la legalidad.

Así, el propio artículo 1.11 de la LPAG precisa que los órganos públicos administrativos deberán optar todas las medidas para descubrir la verdad de los hechos, pero siempre que se encuentren autorizadas por la ley. Entonces, a *contrario sensu*, si una actuación probatoria se encuentra proscrita por ley, la Administración simplemente se encontrará impedida de practicarla.

Conforme a lo explicado en el apartado anterior, el artículo 140° de la LGSF impone una obligación a las entidades financieras, la cual consiste en no revelar las operaciones pasivas de sus clientes a menos que estos lo autoricen por escrito. Entonces, esta disposición también impone un límite a las Administraciones Pública, en tanto que no podrá requerir este tipo de información a las entidades antes citadas, alegando el principio de verdad material, a menos que se haya cumplido con el presupuesto referido a la autorización del titular de las operaciones pasivas.

En este contexto, queda claro que los órganos resolutivos del Indecopi que solicitan a las entidades financieras información sobre las operaciones pasivas de alguno de sus clientes, aun cuando estos hayan presentado una denuncia por infracción a la normativa de protección al consumidor, vulneran el principio de verdad material, el cual solo les habilita a recopilar pruebas para llegar a la verdad de los hechos a través de los mecanismos expresamente permitidos por ley.

Por otro lado, los órganos resolutivos del Indecopi también vulnerarían otro aspecto del principio de verdad material, el cual se refiere precisamente a emplear todos los mecanismos legales posibles para obtener las pruebas necesarias para llegar a descubrir la verdad objetiva.

En el caso expuesto, queda claro que, fácilmente, estos órganos resolutivos podrían solicitar la autorización respectiva al consumidor denunciante, lo cual no implica mayor trámite que la remisión de una resolución por medio del cual se faculta al Indecopi a solicitar información a la entidad financiera denunciada respecto a sus operaciones pasivas.

Es importante aclarar que la inacción del consumidor en cuanto a la remisión de la autorización citada anteriormente no habilitaría a la autoridad instructora del procedimiento sancionador a solicitar la información sobre las operaciones pasivas del denunciante, pues, como ya se ha mencionado en reiteradas oportunidades a lo largo de este escrito, vulneraría su derecho al secreto bancario.

Frente a este panorama, la autoridad instructora debe practicar todos los actos de comunicación y orientación debida para obtener la autorización expresa y por escrito del consumidor, para que, de esta forma, se obtenga la información financiera requerida conforme a la legalidad, y sin mellar las disposiciones referidas a la protección del secreto bancario.

Por todo lo expuesto, la infracción al principio de verdad material sería otra de las razones por las que se válidamente se puede afirmar que, al solicitar información sobre operaciones pasivas de consumidores denunciantes sin obtener su autorización expresa, los órganos resolutivos del Indecopi infringen el principio de legalidad.

La protección de las operaciones pasivas como datos personales sensibles

En nuestro país, el marco normativo de protección de los datos personales se encuentra constituido principalmente por la Ley Nro. 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, la LPDP) y el Decreto Supremo Nro. 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales (a futuro, el Reglamento de la LPDP).

El artículo 2.4 de la LPDP, define a los datos personales como “toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.”

En un mundo donde el intercambio de información entre personas y empresas es tan fluido, resulta más que necesario contar con un sistema normativo que imponga límites y asegure garantías para el debido tratamiento de los datos personales y, de ese modo, logre así evitar que este no sea realizado sin autorización o el consentimiento de su titular.

El artículo 3° de la LPDP indica que esta es aplicable a “los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública o privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional.” En ese sentido, los principios y garantías contenidos en dicha ley resultan enteramente aplicables a los bancos de datos de las entidades financieras.

En este punto, conviene recordar que, en la presente investigación, se está analizando las operaciones pasivas de los clientes de una entidad financiera, las cuales sin ninguna duda configuran como un dato personal y, por tanto,

su tratamiento debe ser realizado conforme a la LPDP y su Reglamento. Esta cuestión, cobra más relevancia si se toma en cuenta que estamos frente a datos personales sensibles, los cuales son definidos por la ley en su artículo 2.4 como datos personales constituidos entre otros aspectos, por los ingresos económicos.

En efecto, los datos sensibles, por su propia naturaleza, reciben especial protección por la legislación de datos personales, lo cual implica que la proyección de los principios y las garantías que aseguran su debido tratamiento deben ser respetadas y aplicadas de la forma más rigurosa posible.

Ahora bien, uno de los principios que forma parte de la columna vertebral de todo sistema de protección de datos personales es el principio de consentimiento, el cual también ha sido reconocido por la LPDP y su reglamento. Así pues, el artículo 5° de la LPDP reconoce el mencionado principio, estableciendo que para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento, lo cual se ve reafirmado en el artículo 7° del Reglamento de la LPDP.

En este punto, conviene detenernos y evaluar que el consentimiento debe ser expreso e inequívoco, lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 12 del Reglamento de LPDP, implica que no haya dudas de su otorgamiento.

Es importante aclarar que, tratándose de datos sensibles, tal como lo es la información financiera de los consumidores, el consentimiento necesariamente debe ser por escrito, conforme lo prescribe el artículo 14° del Reglamento de la LPDP.

Ahora bien, respecto al criterio jurisprudencial estudiado en la presente investigación, se debe analizar si la sola denuncia del consumidor implica un consentimiento expreso e inequívoco para que el organismo resolutivo del Indecopi que recepción la denuncia pueda solicitar a la entidad financiera. Al respecto, existen suficientes razones para concluir que no.

Dado que muchos de los consumidores que denuncian a las entidades financieras ante el Indecopi pueden llenar un formulario (que no es requisito obligatorio para la presentación de las denuncias) que esta entidad pone a su disposición, la cual en la parte inferior contiene la siguiente información:

Solo para denuncias referidas a productos pasivos del sistema financiero (cuentas de

ahorros, haberes, CTS, depósitos a plazo fijo, etc.) (opcional)

Consentimiento para el levantamiento del secreto bancario.

El denunciante autoriza a través de su firma (o la de su representante, siempre que cuente con facultades expresas y suficientes) el levantamiento de su secreto bancario, para que el proveedor pueda presentar ante el Indecopi información referida al producto materia de denuncia. Dicha información será utilizada por el órgano Resolutivo para el análisis de los hechos indicados por el denunciante sobre los cuales tomará la decisión final correspondiente.

Esta autorización es opcional y no constituye un requisito para la presentación de la denuncia.

Como se puede apreciar, si el denunciante no firma el consentimiento citado anteriormente, no se podría afirmar que la sola presentación de su denuncia implica su autorización del levantamiento de su secreto bancario, pues no resulta inequívoco, ya que, aun habiendo visualizado tal casilla de consentimiento, no la firmó.

Por otro lado, es importante que agregar que, en efecto, la autorización del levantamiento del secreto bancario no es un requisito para formular una denuncia administrativa, ya que el órgano resolutivo competente puede requerirla en cualquier etapa del procedimiento. No obstante, ello no implique no sea indispensable para solicitar la información sobre las operaciones pasivas del denunciante a la entidad financiera presuntamente infractora.

Asimismo, tal como se indicó anteriormente, el consumidor titular de los datos personales tiene el derecho de precisarle al órgano resolutivo competente qué operaciones pasivas está dispuesto a revelar, es decir, el lapso en el que estas fueron realizadas.

Por lo antes expuesto, se verifica que el antiguo criterio jurisprudencial sentado por la Sala contenido en la Resolución Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, contraviene el principio de consentimiento en materia de protección de datos personales y, por tanto, no debería ser aplicado por los órganos resolutivos del Indecopi en ninguna de las instancias administrativas en los procedimientos sancionadores que conozcan.

EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA ENTIDAD FINANCIERA

Luego de todo lo abordado a lo largo de la presente investigación, queda claro que las entidades financieras que ocupan el lugar de proveedores

denunciados en un procedimiento administrativo que versa sobre operaciones pasivas, no están obligadas legalmente a proporcionar a los órganos resolutivos del Indecopi, la información financiera de sus clientes, a menos que estos la hayan autorizado expresamente.

Al respecto, no es extraño imaginarse alguna situación en la que las entidades financieras entreguen dicha información, frente a una clara amenaza de la inminente imposición de una multa. No obstante, se debe recordar que, en principio, dichas entidades no se encuentran facultadas para entregar esta información, pues no están frente a alguno de los supuestos que prevé la LGSF.

En este caso en concreto, cabría preguntarse, ¿podrían ser sancionadas por violar el secreto bancario de sus clientes? Resulta de vital importancia plantearse esta interrogante, pues el artículo 141° de la LGSF prescribe que:

Artículo 141.- Falta grave de quienes violen el secreto bancario

Sin perjuicio de la responsabilidad penal que señala el artículo 165° del Código de la materia, la infracción a las disposiciones de este capítulo se considera falta grave para efectos laborales y, cuando ello fuera el caso, se sanciona con multa.

Respecto a ello, es importante traer a colación lo indicado por Morón Urbina, cuando precisa que “la sola realización de una conducta tipificada como infracción no amerita automáticamente la imposición de una sanción, pues es necesario llevar a cabo una valoración en los niveles de antijuridicidad y culpabilidad” (2019: 513).

En el supuesto analizado en el presente apartado, es evidente que la entidad financiera habría realizado una conducta prohibida, susceptible de ser sancionada, no obstante, se debe verificar si dicha acción se subsume en una de los eximentes de responsabilidad administrativa regulados en el artículo 257° de la LPAG, específicamente, el previsto en el inciso e), referido al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

Asimismo, de la referida lectura, se desprende válidamente que el fundamento de este eximente de responsabilidad se encuentra el principio de predictibilidad o confianza legítima, anteriormente señalado.

Así las cosas, si la Administración Pública requiere al administrado ejecutar determinados actos o entregar cierta información, generando una expectativa de legalidad, entonces, no sería razonable imputarle responsabilidad

si es que, como resultado de su obediencia, comete una infracción, pues, de lo contrario se vulneraría el principio de confianza legítima. En el caso bajo análisis, la cuestión se torna aún más especial si se toma en cuenta que la entidad bancaria está sometida a un procedimiento sancionador y que, un eventual incumplimiento de lo ordenado por el Indecopi, traería consigo una inminente sanción.

Por tanto, queda claro que, si en alguno de los procedimientos donde se aplicó el cuestionado criterio el proveedor entregó a la autoridad instructora competente información sobre las operaciones pasivas del consumidor, sin su autorización, quedaría exenta de responsabilidad administrativa por haber violado el secreto bancario, en tanto que su conducta se subsume en la causal de exoneración contenida en el artículo 25, inciso e) de la LPAG.

CONCLUSIÓN

Luego de un amplio recorrido normativo y jurisprudencial por diversos sectores del ordenamiento jurídico, se puede concluir que no resulta correcto que los órganos resolutivos del Indecopi invoquen el criterio jurisprudencial desarrollado por la Sala en la Resolución Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, ya que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser expresa, aunque la disposición sectorial de la LGSF no lo indique literalmente.

Nadie duda que la invocación de este criterio se haga con la mejor de las intenciones a efectos de promover la celeridad e inmediatez de la Autoridad; sin embargo, no resulta correcto que la Administración Pública intente cambiar la celeridad e inmediatez por la legalidad, sino que más bien deba articular sus esfuerzos por conseguir ambos fines, lo cual es posible si ejerce sus competencias utilizando las herramientas que la propia ley pone a su disposición.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BARTELS VILLANUEVA, Jorge y Luz Mary, ARIAS ALPIZAR. (2010). “El secreto bancario. Aspectos históricos y problemática actual”, en: *Diálogos rev. electr. hist.*

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2013). “La Constitución del Estado” en: *Advocatus*, 29: Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2022). *Las Fuentes Constitucionales Sobre Derechos Fundamentales*. Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial.

CERVIN SÁNCHEZ, Raúl. (2016). “El fundamento del secreto bancario”, en: *Instituto de Derecho Penal*, 1.

DAMIÁN MEDINA, Omar Alfredo. (2019). “Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano”, en *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Instituto Pacífico.

DAMIÁN MEDINA, Omar Alfredo y RIVERO NIETO, Alfredo Daniel. (2019) “La importancia del principio de confianza legítima en la tutela administrativa de la protección al consumidor”, en *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Instituto Pacífico.

JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. (2011). Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo, en: *Derecho PUCP*, 67 (2011).

STUCCHI LÓPEZ-RAYGADA, Pierino; BEZADA ALENCASTRE, José Antonio y Oscar, GARCÍA TIPISMA. (2021). *Manual de Derecho del Consumo a los Servicios Bancarios*. Lima, Palestra Editores.

MORÓNURBINA, Juan Carlos. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS). 14ª Ed. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica.