

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL SECRETO BANCARIO

RUBÉN ALFREDO LARA GARCÍA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL
SECRETO BANCARIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RUBÉN ALFREDO LARA GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. José Luis de León Melgar
Vocal	Lic. Edith Marylena Pérez Ordoñez
Secretario:	Lic. Ernesto Corzantes Cruz

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Rodrigo Franco López
Vocal:	Lic. Roberto Paz Álvarez
Secretario:	Licda. Aura Marina Chang Contreras

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Guatemala, 30 de agosto del año 2005

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

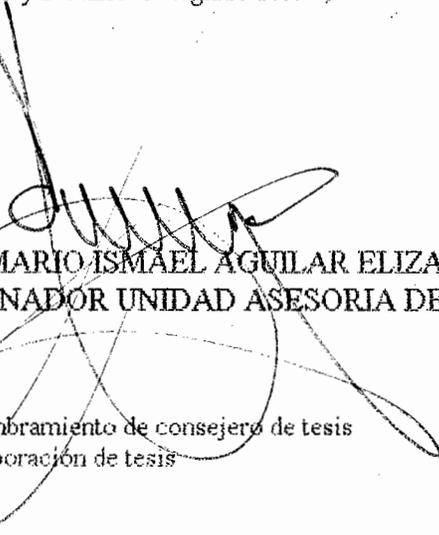
ASUNTO: RUBÉN ALFREDO LARA GARCÍA, CARNÉ No. 9719201.

Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 859-05.

TEMA: "CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL SECRETO BANCARIO"

vuelva el expediente al Decano de la Facultad, manifestando que el consejero designado para evaluar el plan de investigación y el tema propuesto es de opinión de que se llenan los requisitos establecidos en el reglamento respectivo.

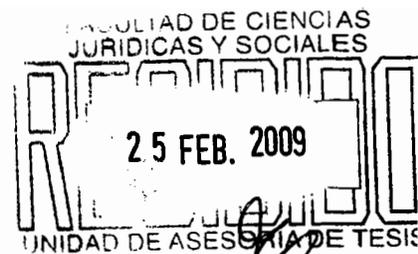
Por lo anterior, se aprueba el tema indicado y se propone como asesor de tesis al Lic. Pedro Antonio Anleu Romero, Abogado y Notario Colegiado No. 5,273.


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
COORDINADOR UNIDAD ASESORIA DE TESIS



Adjunto: Carta de aceptación y nombramiento de consejero de tesis
Formulario guía para elaboración de tesis

BUFETE JURIDICO
7ª. CALLE 5-49 ZONA 1 SOLOLA
TEL: 7762-3655
LIC. PEDRO ANTONIO ANLEU ROMERO



Guatemala, 25 de febrero del 2009



Señor:

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala.
Licenciado: Bonerge Amílcar Mejía Orellana.

Señor Decano:

En cumplimiento a la designación que me hiciera esa unidad mediante nombramiento sin número, de fecha treinta de Agosto del año dos mil cinco, en el cual se me otorgara el honor de ser el asesor de tesis del estudiante Rubén Alfredo Lara García, Carne número 199719201 sobre el tema intitulado "CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL SECRETO BANCARIO" y con fundamento en lo regulado en el Artículo 32 del Normativo para los exámenes técnico profesionales de Abogacía y Notariado y Publico de Tesis, me permito rendir a usted el siguiente dictamen:

- El trabajo de Investigación realizado tiene las características de ser un tema de mucha actualidad, siendo de contenido científico al referir un estudio técnico de lo que es el secreto bancario y sus consecuencias jurídicas. Una revalorización del secreto bancario constituirá una excelente compensación para las instituciones financieras, frente a las desventajas que para ellas implica la existencia de una regulación especial y contribuirá a mejorar la competitividad de este sector frente a los nuevos actores que desarrollan operaciones financieras libres de tan compleja regulación.
- Para la presentación del informe final. se realizó una investigación bibliográfica y documental; utilizando el Método Inductivo o Directo, permitiendo o facilitando la extracción precisa de aquellos rasgos doctrinarios y el Método Deductivo o Indirecto los cuales permitieron el estudio de datos o hechos que rodearon lo investigado. A los métodos utilizados se les agrego el análisis institucional; mismo que fue fundamental para arribar a las conclusiones respectivas.



BUFETE JURIDICO
7ª. CALLE 5-49 ZONA 1 SOLOLA
TEL: 7762-3655
LIC. PEDRO ANTONIO ANLEU ROMERO

- En la presentación del informe final. El ponente utiliza la lexicografía y gramática adecuada sin descuidar de ninguna manera el lenguaje técnico que caracterizan a un profesional del derecho. Así mismo incluye importantes antecedentes, naturaleza jurídica, fines y funciones del secreto bancario, los cuales han sido planteado en forma objetiva, clara y precisa y han motivado sendas conclusiones y recomendaciones que tienden a proporcionar la solución del tema jurídico-social planteado.
- Las referidas conclusiones y recomendaciones esbozadas constituyen un aporte social del ponente. Quien presenta diferentes mecanismos idóneos para que exista una verdadera protección al secreto bancario.
- La bibliografía utilizada por el ponente en el desarrollo de la investigación se considera ser la más adecuada al tema, habiéndose consultado textos doctrinarios de autores nacionales y extranjeros; Así como también herramientas tecnológicas como lo es el Internet que refieren en forma precisa la temática contenida en la investigación realizada.

Por lo anteriormente relacionado, el asesor de tesis aprueba el trabajo de investigación presentado y considera que el mismo puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo, sin olvidar en ningún momento que el aporte personal formulado puede ser utilizado para realizar los planteamientos ante los que corresponda. A efecto de que la solución del problema socio-jurídico investigado sea una realidad.

Sin otro particular me suscribo de usted.

Atentamente:

Lic. Pedro Antonio Anleu Romero
Abogado y Notario

LIC. PEDRO ANTONIO ANLEU ROMERO
ABOGADO Y NOTARIO
CONSEJERO Y ASESOR DE TESIS
Col. 5273



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de febrero de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) MARCOS ANIBAL SÁNCHEZ MÉRIDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante RUBÉN ALFREDO LARA GARCÍA, Intitulado: "CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL SECRETO BANCARIO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh

BUFETE JURIDICO
4ª. Calle 7-53 zona 9 Edificio Torre Azul Of. 604, 6º. Nivel
LIC. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 5,247



Guatemala, 19 de marzo de 2009.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad.

Atendiendo al nombramiento de fecha veintiséis de febrero de dos mil nueve, para que en calidad de Revisor del trabajo de Tesis del Bachiller RUBEN ALFREDO LARA GARCIA, carné estudiantil 199719201, intitulado "CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL SECRETO BANCARIO", procedo a rendir el informe respectivo, de conformidad con lo que establece el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, para ser discutido en el Examen General Público, procedo de la siguiente manera:

En el trabajo de investigación que realizó el estudiante, se desarrollaron temas de mucha actualidad, el cual tiene contenido científico, realizando un estudio técnico de lo que es el secreto bancario y sus consecuencias jurídicas, realizando una revalorización del tema, por lo que no dudo que constituirá una excelente compensación para las instituciones financieras, ya que regularmente dichas instituciones se enfrentan a la desventaja de una regulación especial.

Dentro del informe final realizado por el estudiante, se efectuaron investigaciones bibliográficas, dentro de las cuales se utilizaron los métodos inductivo o directo y el deductivo o indirecto, que permitieron el estudio de hechos, datos, rasgos doctrinarios y de otros aspectos relevantes. Se agregó el análisis institucional del mismo para que de esta manera se pudieran proporcionar las conclusiones respectivas. Puedo agregar que dentro del trabajo realizado se utilizó en forma adecuada la gramática y lexicografía, utilizando un lenguaje técnico adecuado y que caracteriza a un profesional del derecho, incluyendo los antecedentes, naturaleza jurídica, fines y funciones del secreto bancario, los cuales fueron planteados en forma objetiva, clara y precisa, que han motivado sus conclusiones y recomendaciones, que tienden a dar una solución precisa del tema jurídico-social planteado, ya que constituyen un aporte social, donde se establecen los mecanismos idóneos para que exista una verdadera protección del secreto bancario.

La bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación se considera ser la más adecuada al tema, ya que se consultaron textos doctrinarios de autores nacionales y extranjeros, utilizando herramientas tecnológicas como el Internet, ya que refieren en forma precisa la temática de la investigación realizada.

Por lo antes relacionado y para los efectos correspondientes, recomendé al estudiante las correcciones pertinentes en el trabajo realizado y en virtud que el trabajo cumple con los requisitos técnico-legales que la legislación universitaria requiere, emito OPINION FAVORABLE, para que se proceda con el trámite respectivo, según el Reglamento de Graduación.

Sin otro particular, me suscribo de usted,


LIC. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 5,247
MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de agosto de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante RUBÉN ALFREDO LARA GARCÍA, titulado CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL SECRETO BANCARIO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.

Handwritten signatures and official stamps. The stamps include:
1. A circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, SECRETARIA, GUATEMALA, C. A.
2. A circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, DECANATO, GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- Al único y sabio Dios:** Por darme la sabiduría e inteligencia y darme también las fuerzas necesarias y así culminar la carrera.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala máxima casa de estudios, de quien me siento orgulloso de egresar.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
- A mi padre:** Dr. Joel Lara Barrios por siempre confiar en mi, darme su apoyo y amor incondicional.
- A mi madre:** Gladys Viviana de Lara por los cuidados, amor, paciencia y apoyo en el transcurso y largo camino de mis estudios.
- A mis hermanos:** Joel, Daniel, David, Rebeca y Josué por todo su apoyo, amor recibido y estar en todo momento.
- A mis cuñadas:** Verónica de Lara, María José de Lara y Ana Cecilia de Lara. Con mucho aprecio y cariño.
- A mis sobrinas:** Andrea Mercedes Q.E.P.D., Ana Lucia, María Fernanda, María Rene, Ema Sofía, Ana Camila, Elisa Danielle. Por ser fuente excelente de inspiración.
- A mis tíos, primos y primas:** Con mucho cariño.
- A mis amigos:** Mabel García, Angélica Godínez, Erick Cortave, Tony de Cortave, Amelita Ramírez, Familia Jiménez García y Familia García García con mucho cariño y admiración.
- A mi bisabuela y abuelas:** Adelaida Barrios, Alicia Barrios y Juana Alvarado. Como recompensa a todo su esfuerzo, dedicación esmero y trabajo.
- A las iglesias:** El Camino Escuintla y Esmirna.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El secreto bancario.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Concepto.....	4
1.3 Naturaleza jurídica.....	9
1.4 Fines y funciones del secreto bancario.....	11
1.5 Elementos personales del secreto bancario.....	13
1.6 Excepciones del secreto bancario.....	16
CAPÍTULO II	
2. Fundamentos jurídicos de la secretividad en las operaciones bancarias.....	23
2.1 La banca y la secretividad de sus operaciones.....	24
2.2 Antecedentes históricos de la banca en Guatemala.....	26
2.3 Etimología y antecedentes históricos en general.....	27
2.4 El secreto: su etimología, clases y naturaleza jurídica (interés público o interés privado)	30
2.5 El fundamento del secreto bancario.....	35
2.6 El uso, la buena fe, el contrato, el secreto profesional.....	36
2.6.1 El uso.....	37
2.6.2 La buena fe.....	41
2.6.3 El contrato.....	42
2.6.4 El secreto profesional.....	45
2.7 Extensión y límite del secreto bancario.....	49



	Pág.
2.8 La ley como fuente del secreto bancario.....	51

CAPÍTULO III

3. Sujetos y obligaciones en el secreto bancario.....	53
3.1 Sujeto pasivo.....	54
3.2 Sujeto activo.....	58
3.3 La obligación de reserva.....	61
3.4 Características de la de reserva.....	63
3.4.1 De no hacer.....	63
3.4.2 Indeterminada en el tiempo.....	63
3.4.3 General frente a terceros.....	64
3.5 Excepciones a la obligación de reserva.....	64

CAPÍTULO IV

4. Consecuencias jurídicas del secreto bancario.....	67
4.1 La violación del secreto bancario.....	67
4.2 El secreto bancario en lo penal.....	67
4.3 El secreto bancario en lo civil.....	69
4.4 Consecuencias jurídicas de la violación del secreto bancario.....	70
4.4.1 Sanciones penales.....	71
4.4.2 Sanciones civiles.....	72
CONCLUSIONES.....	77
RECOMENDACIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81



INTRODUCCIÓN

La presente investigación surgió de la necesidad de exponer las consecuencias que han surgido del secreto bancario, investigando y enfocándose principalmente en aquellas en el aspecto jurídico. El punto de partida, es que debe protegerse al secreto bancario como uno de los principales elementos propulsores de la economía de un país.

El tema del secreto bancario se constituye como medio de defensa de la intimidad, tanto en el continente europeo como en América Central, han surgido polémicas sobre el papel de los bancos como entidades de depósito de capitales, dichas polémicas se han centrado sobre el tema de que si los bancos están obligados a revelar los depósitos que a su cargo tienen y quien es el titular de dichas cuentas, al analizar surgió la necesidad de profundizar sobre el mismo, pero con respecto a la normativa guatemalteca.

La hipótesis de mi investigación ha sido planteada en los siguientes términos: Las consecuencias jurídicas del secreto bancario se agravan cuando la autoridad que lo custodia proporciona información a personas que buscan realizar acciones ilícitas con esa información. Esa hipótesis, puedo indicar que ha sido plenamente confirmada a lo largo de la investigación.

En cuanto a los objetivos, he perseguido básicamente: Precisar la relevancia de la protección del secreto bancario en Guatemala, para que exista más inversión y esto coadyuve a un mejor desarrollo del país.



En lo relativo a los supuestos de la investigación, estos han sido sintetizados de la forma siguiente: Es deber del Estado garantizar la protección del secreto bancario y de esta forma todos los depositantes estén tranquilos de que la información bancaria que ellos confían en dichas instituciones, no será trasladada con ningún fin a otras personas.

El informe final, consta de cuatro capítulos: capítulo uno, el secreto bancario; capítulo dos, fundamentos jurídicos de la secretividad en las operaciones bancarias; capítulo tres, sujetos y obligaciones en el secreto bancario; y capítulo cuatro, consecuencias jurídicas del secreto bancario

En cuanto a las teorías, he recurrido a la doctrina establecida por importantes autores tanto nacionales, como extranjeros, quienes han establecido notables opiniones respecto del problema en referencia.

En cuanto al enfoque metodológico utilizado, me he valido de los métodos dialéctico, deductivo y de análisis de los elementos, apoyados estos por la técnica de fichas bibliográficas las cuales han resumido la información obtenida en libros, leyes, revistas, periódicos e Internet. Como parte de la metodología se efectuó, una observación física de libros, documentos, revistas así como la visitación de diferentes instituciones referentes al tema, las cuales son: Súper Intendencia de Bancos y Banco de Guatemala. El procedimiento general de la investigación inicio con la recopilación de la información, para luego analizar y sintetizar la misma, el método de síntesis fue utilizado al momento de emitir mis conclusiones; con lo cual he realizado una síntesis de la información más importante, la que viene a servir de base para la redacción del trabajo presentado.



CAPÍTULO I

1. El secreto bancario

1.1 Antecedentes

El secreto bancario como una parte de la actividad de los banqueros, se conoce desde la antigüedad, en su inicio, y toda vez que los depósitos se hacían en los templos, consecuentemente la discreción de estas operaciones estaba relacionada con el misterio de lo desconocido, la magia y la religión, que fueron configurando una especie de secreto profesional entre quienes practicaban los depósitos.

Durante la edad media, el secreto bancario fue parte de la ética de los negocios de esta actividad, sobre todo, por ejemplo, en la Orden de los Templarios y en ciertas órdenes de caballería y religiosas que realizaban alguna actividad relacionada con la banca.

En Francia en su primer texto que se refiere al secreto bancario, y dice que es una disposición administrativa del dos de abril de 1639, relativa a la bolsa de París, que establecía que los asuntos de la bolsa no sean conocidos más que por aquellos que negocien en la misma.

La Gran Ordenanza de Comercio de Colbert, establece el secreto de los libros de los comerciantes en general.

Un reglamento de octubre de 1706 establece el secreto para los negocios de banca, cambio, comercio y finanzas.

Hay disposiciones del Concejo de estado francés, del 30 de agosto de 1720 y 1724 que también hace referencia al secreto bancario.

La doctrina francesa es unánime en considerar el secreto bancario a través del tiempo y justifica su protección, tanto en las actividades de cambio como en las de banca y derivado de la confianza que el público tiene en los banqueros, cuya revelación de operaciones sería una especie de abuso de esa confianza.

En Francia, el Artículo 378 del Código Penal francés, es la base del principio general del secreto profesional, y se ha hecho extensivo no solo a los médicos, cirujanos y otra clase de profesionistas, también a los banqueros.

En México, propiamente no se conocía el secreto bancario, sino hasta el año 1897.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, en su articulado prohibió a los interventores inferirse en la administración de posnegocios de los bancos y comunicar a quien quiera que fuese, datos e informes relativos a ellos.

La Ley General de Instituciones de crédito y establecimientos bancarios de 1925, dentro de su articulado prohibió que los establecimientos bancarios dieran noticias sobre el importe de las cantidades que tuvieran en depósito de una persona, compañía o empresa, salvo que lo pidiera el depositante o representante legal, o la autoridad judicial mediante providencia dictada en juicio.

En Guatemala, la banca tuvo sus inicios después de la reforma liberal de 1871, cuando

se fundaron los primeros bancos. Siendo entre los bancos que se fundaron el de Occidente que aún en la actualidad presta sus servicios bancarios y es una de las instituciones más solidas del país; para esa época los bancos que existían poseían la capacidad de emitir billetes pagaderos a la vista y al portador, ocasionándose un desorden en la economía nacional existente en aquellos tiempos.

Durante el gobierno del General José María Orellana se percibió la necesidad de una institución emisora única del papel moneda, creándose el banco de Guatemala en 1924, pasando a ser las instituciones bancarias que a esa fecha existían en instituciones hipotecarias y comerciales.

Para el año 1944, en que se gestó la revolución denominada del 20 de octubre de 1944, se da la segunda reforma, cuando se da vida en forma concreta al Banco de Guatemala y se promulgan las leyes bancarias que regularían las operaciones de los bancos, quedando el Banco de Guatemala, como el único autorizado para la emisión de moneda y como único banco del Estado.

Al hacer esta referencia sobre los bancos, sirve de base para sustentar de que el secreto bancario, se encuentra enraizado dentro de la institución bancaria tanto mundial como guatemalteca y a evolucionado en forma añeja con la misma, y que a la fecha no ha logrado el perfeccionamiento que es necesario para la protección de capitales particulares ya fuese de personas individuales, empresas, sociedades, etc.



1.2 Concepto

A lo largo de la historia existe gran diversidad de estudiosos del derecho bancario y del derecho mercantil, han aportado diferentes estudios respecto al secreto bancario, según Cabanellas haciendo un cotejo con el secreto profesional, afirma que “Se entiende la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad; como los sacerdotes, por confesión de delincuentes; los abogados o defensores, por revelación de sus patrocinados; los militares, por estar en cierto establecimiento de defensa nacional, en investigaciones o cargos que impiden toda manifestación” .¹

Sin embargo, autores como lo son Saúl A. Argeri al definir el secreto financiero nos indica que “es el principio general de reserva sobre hechos no conocidos públicamente que por razones de profesionalidad han llegado a conocimiento del banco, respecto de su cliente, y que debe mantener oculto. El fundamento deriva de la circunstancia de que el banco sólo ha podido tener ese conocimiento por la prestación de un servicio o ayuda económico-financiera facilitada al cliente y por el ligamen derivado de esa vinculación. En el cuadro del dogmatismo jurídico el deber de mantener el secreto perfila como promesa tácita, implícita. En doctrina se discrepa sobre el fundamento: a) deriva de la voluntad implícita o explícita contractual del cliente al vincularse con el banco; b) asienta en la culpa o negligencia; c) ese deber tiene origen en la confianza. La obligación de mantener el secreto tiene sus límites que es cuando su mantenimiento importa la dilación de la ley; surge un interés científico o fiscal en descubrirlo o ante requerimiento judicial frente a la investigación de delitos de naturaleza penal”.²

¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Pág. 47

² Argeri, Saul A. *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*, Pág. 354

el secreto en sentido estricto deriva de la palabra latina “sertum” que significa lo oculto, lo ignorado, lo escondido y es una derivación del verbo “sercenere”, que significa segregar, separar, apartar. Por lo que podríamos definirlo como lo cuidadosamente se tiene reservado y oculto a quien no le corresponde saberlo.

El secreto viene a ser una conducta que puede caracterizarse de la manera siguiente:

- La existencia de ciertos hechos, circunstancias, documentos o situaciones;
- El conocimiento que de ellos tiene uno o varios individuos;
- Es obligación que tienen esos individuos, de no transmitir ese conocimiento a terceros, fuera de los casos señalados por la ley.

El secreto profesional tanto como el bancario hacen referencia a que, por razón de sus actividades profesionales, existen personas que conocen hechos, circunstancias y como en los bancarios mayormente datos, documentos que les confía su clientela.

El secreto profesional está basado en primer lugar, en la ética profesional de quien conoce esos hechos; y en segundo lugar en las reglas de orden público que establece la sociedad, para proteger la vida privada, o la seguridad jurídica de las personas que han puesto en conocimiento de los profesionales, esos hechos o datos.

La tradición ha impuesto al banquero una obligación de discreción respecto de las operaciones y de los negocios que lo vinculan con su clientela. El banquero, al igual



que el sacerdote, que el medico, que el abogado, tiene la obligación de guardar el secreto profesional.

como ha de parecer obvio a los que conocen la ley, todos según ella, el secreto bancario nunca ha sido definido en términos explícitos por medio de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

En razón de este hecho, que no deja de ser significativo, es menester echar mano a recursos de otras fuentes para lograr un alcance más aproximado de este instituto. Es así como la doctrina viene a salvar el vacío que ha dejado el silencio legal al respecto.

Teniendo en cuenta, primeramente, al solo secreto como lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, se puede luego completar la ecuación que se forma al introducir a éste en el ámbito financiero.

Es así como diversos autores han elaborado precisas definiciones para el secreto bancario, incorporando elementos que les han parecido pertinentes atendida la concepción que se tiene de esta regla en sus respectivos sistemas legales.

Esta valiosa institución del derecho bancario se puede definir como lo que cuidadosamente tienen reservado y oculto los bancos; o bien como en otras ocasiones han sostenido que constituye el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar información alguna, sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de su relación con el propio cliente.



Sin embargo en Argentina por ejemplo, ha sido definida como que es un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales; o bien desde el punto de vista de para quien el secreto bancario es la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.

Por ejemplo, también las doctrinas alemanas establecen que el secreto bancario es un deber de discreción al que se encuentran obligados los banqueros por ser detentadores de informaciones confidenciales, sea sobre sus clientes o sobre terceros; la obligación que tienen los bancos de mantener en reserva las informaciones que han obtenido sobre sus clientes en las relaciones propias de su actividad y que no pueden revelar a terceros sin autorización.

Teniendo en cuenta, primeramente, al solo secreto como "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto"³, se puede luego completar la ecuación que se forma al introducir a éste en el ámbito financiero. Es así como diversos autores han elaborado precisas definiciones para el secreto bancario, incorporando elementos que les han parecido pertinentes atendida la concepción que se tiene de esta regla en sus respectivos sistemas legales. Cabe, por tanto, citar las que han construido algunos de ellos, tales como:

- El chileno Alejandro Vergara Blanco lo define "como lo que cuidadosamente tienen reservado y oculto los bancos"⁴;

³ Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, Pág. 1853.

⁴ Vergara Bianco, Alejandro. **El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia.** Pág. 20.

- El alemán Shitermann sostiene que constituye "el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar información alguna, sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que hayan llegado a conocer en razón de su relación con el propio cliente"⁵;

- El argentino Jorge Labanca, para quien "es un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales"⁶;

- El argentino Juan Carlos Malagarriga, para quien el secreto bancario es "la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan"⁷.

- Los franceses René Rodiere y Jean Louis Rives Lange establecen que el secreto bancario "es un deber de discreción al que se encuentran obligados los banqueros por ser detentadores de informaciones confidenciales, sea sobre sus clientes o sobre terceros".⁸

⁵ Morera Shitermann, Renzo. **Orientamenti Dottrinali e Giurisprudenziali Germanici in tema di Segreto Bancario**, Pág. 276.

⁶ Labanca, Jorge. **Los bancos y el secreto**. Pag. 55

⁷ Malagarriga, Juan Carlos. **El secreto bancario**. Pág. 15.,

⁸ Rodiere, René y Rives Lange, Jean Louis. **Le secret bancaire**. Pág. 34

- El chileno Juan Pinto Lavín lo determina como "la obligación que tienen los bancos de mantener en reserva las informaciones que han obtenido sobre sus clientes en las relaciones propias de su actividad y que no pueden revelar a terceros sin autorización".⁹

Para acotar el asunto sería justo decir que hallaremos tantas definiciones como autores, por lo que con las expresadas se puede estar conforme.

Las entidades bancarias debido a su actividad profesional, tienen acceso a la que se podría llamar información privilegiada sobre la situación económica de sus clientes, pero el carácter confidencial de las operaciones lleva consigo la exigencia, para el banco, de un deber especial de discreción o de secreto que les impide revelar a terceros esta información.

1.3 Naturaleza jurídica

En el derecho argentino algunos abogados y doctrinarios aportan distintas teorías, es decir en la doctrina han tratado de fundamentar este instituto bancario, buscando explicar su naturaleza jurídica, esto es, su esencia ontológica desde el punto de vista del derecho.

Para muchos autores el deber de secreto sería contractual y estaría tácitamente pactado en el contrato entre el banco y el cliente mismo. Para otros autores el secreto bancario ha alcanzado la categoría de uso mercantil y como tal rige los contratos en tanto puede incorporarse a ellos.

⁹ Pinto Lavín, Juan. **Secreto bancario, régimen legal.** Pág. 7

Se trataría del uso según la ley, que tiene por función la integración del contenido de la norma escrita. Otra teoría expresa que la obligación de resarcir el daño causado por la revelación del secreto es de naturaleza extracontractual o cuasidelictual.

Para los tratadistas argentinos como se indicaba anteriormente es una modalidad específica del secreto profesional. El fundamento de esta obligación la ubica en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general. No se discute la existencia, en el plano moral, de una obligación al silencio a cargo del depositario de las confidencias ajenas. El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de la conciencia, si no en el caso particular en que se trata de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en ocasión de una profesión.

En la mayor parte de legislaciones la misma ley impide formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, esta acompañada de una sanción penal.

Se trata de un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero, esta sobreentendido el interés que tiene todo cliente en que se guarde silencio respecto de los negocios y de las confidencias que hace a las instituciones bancarias y financieras en general. Es evidente, también el perjuicio que puede acarrearle la revelación de esas informaciones financieras.

Esta teoría es la única que explica satisfactoriamente el alcance de esta obligación, que comprende los actos pre contractuales y se entiende y continua aun cuando se hayan extinguido las relaciones entre banco y cliente.

En tal virtud considero que la naturaleza del secreto bancario es un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero. A que el cliente tiene el interés que se guarde silencio respecto de los negocios y de las confidencias que hace a las instituciones bancarias y financieras en general, toda vez que al cliente le puede acarrear perjuicios la revelación de esas informaciones, tanto a nivel físico como patrimonial.

1.4 Fines y funciones del secreto bancario

Es indispensable el estudio de sus fines y funciones del secreto bancario, en resumen, los fines del secreto bancario, citando lo expresado por el tratadista relacionado, estos son:

Resguardar el respeto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banquero, para proporcionarle algunos datos que consideran solo son dados a conocer a su banquero por esa razón,

La confianza es una de las bases fundamentales en que descansa el secreto bancario.

Permite la estabilidad de los sistemas bancarios, es decir, al haber confianza entre él público, este proporcionara todos los datos e informes necesarios y, en consecuencia, mantendrá su dinero y realizara sus operaciones con los bancos, bajo el entendido de que estos no proporcionarán informes, ni harán públicos esos datos, en muchos casos ni siquiera a las autoridades, sin un tramite especificamente indicado en la ley.

Esta confianza general que el sistema bancario pueda captar un mayor volumen de recursos, pues no existiendo confianza el público tenderá, a sacar sus depósitos y enviarlos al extranjero.

Ha sido utilizado como un medio eficaz para atraer capitales y de esa manera fortalecer la economía de cada país, y como parte de la estrategia de políticas monetarias dirigidas fundamentalmente a dar garantías a los depósitos bancarios.

Esta institución forma parte del sistema de captación de ahorro externo, de un determinado sistema bancario como el de Guatemala.

El secreto bancario es muy importante en diversas áreas del que hacer jurídico, por ejemplo, en el ámbito penal, laboral, etc., es por ello que se hará una reseña en cuanto a la importancia del mismo en algunos ámbitos.

Reseña de su gran importancia y función en el área penal se fundamenta en que los medios jurídicos que ha establecido el derecho para salvaguardar la conveniencia del secreto profesional, son una serie de sanciones para aquellas personas que lo violan, y específicamente se han establecido delitos en las diversas legislaciones penales, para castigar a quienes no cumplan con la obligación de guardar ese secreto. En este trabajo se estudiará posteriormente los diferentes tipos de delitos que pueden incurrir.

En el campo del derecho civil su importancia radica en que los daños y perjuicios que ocasionen a los depositantes, o cuentas habientes, por los funcionarios y empleados bancarios, con motivo de la violación de los contratos u obligaciones bancarias,

· pudieran ser una lesa violación de contratos o responsabilidad por actos ilícitos civiles, que se tradujeran en el consecuente pago de daños y perjuicios.

En el ámbito de lo administrativo lo relacionado con el Banco de Guatemala en virtud a la ley que lo rige y demás disposiciones legales.

1.5 Elementos personales del secreto bancario

Los elementos personales que interactúan en la maravillosa institución del secreto bancario en virtud a que por regla general el secreto bancario tiene una amplia protección.

Los sujetos a los cuales se les impone la obligación de guardar el secreto o silencio de conocimiento de datos, se le atribuye o se indica que los que tienen este deber son siempre instituciones o entidades, en su mayoría personas jurídicas, dedicadas a la actividad financiera, generalmente labores de intermediación en la cual los ahorrantes o los inversionistas requieren de capital para desarrollar sus proyectos.

Por lo tanto, el secreto bancario es uno de los principales deberes que surgen de las relaciones comerciales, perfectas o imperfectas, entre los bancos y sus clientes. Se concibe entonces, como el deber impuesto a las entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos.

Se trata de un elemento necesario a la actividad bancaria financiera en general, porque

es inherente a la naturaleza de esa actividad y al propio interés de la profesión de banquero, porque para que la actividad bancaria pueda ejercerse correctamente se requieren dos condiciones: en primer lugar, un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial y de la composición patrimonial del cliente; y en segundo lugar la seguridad para éste de que se puede confiar estos aspectos al banquero sin temor de que sean divulgados.

De modo general todas las operaciones bancarias y financieras, sean activas, pasivas o neutras, son operaciones cuyos contratos han de tener la obligación por parte del banco de abstenerse de revelar la información que brinda su cliente.

Como se ha apuntado, la conceptualización doctrinaria del secreto bancario está manifiestamente inclinada a considerarlo como un deber que implica un “no hacer”, a cumplir por medio del silencio de los funcionarios y de las entidades financieras. Por supuesto esta situación jurídica se completa con un derecho subjetivo a favor de un sujeto (cliente o tercero) que puede exigir el cumplimiento de la conducta. Este deber implica una conducta de omisión, de cuidado por parte de la entidad bancaria, quien es responsable de la manipulación y el registro de información obtenida con ocasión de la actividad bancaria. El ente financiero debe mantener reserva, confidencialidad, bajo la prohibición de revelar al público, al Estado o a terceros no autorizados datos que corresponden al ámbito profesional de su giro.

En función de que, por razón de la profesión, de su actividad, o de la autorización con que cuentan las entidades bancarias, autorización otorgada por las autoridades estatales, para actuar en el mercado bancario, de este tipo de agentes pueden llegar a

conocer mucho de los datos que son por las instituciones, y resulta que también es parte del secreto profesional, ya que adquieren ese conocimiento en virtud de su actividad, pero, además, al actuar como comisionistas lo están haciendo a nombre y por cuenta de otro, realizando mandatos aplicados a actos concretos de comercio, obligando a las instituciones, y si actúa a nombre y por cuenta de ellas, el comisionista estará obligado en ese aspecto a guardar el secreto bancario.

Están obligados a guardar el secreto todos los administradores, funcionarios, empleados y trabajadores de las instituciones, ya que en razón de que tienen esos cargos, conocen los datos, documentos e informes que constituyen el secreto bancario.

Los administradores pueden ser desde los miembros del concejo directivo, directores generales, consejeros delegados, gerentes, gerentes regionales, jefe de agencia, empleados de caja, secretarias, agentes de negocios, bodegueros, inclusive los agentes de seguridad de las instituciones bancarias y demás empleados y trabajadores, de acuerdo también, con la obligación que les impone la ley a que ya hicimos referencia con anterioridad.

Los elementos personales que acabamos de mencionar son en mayor parte lo que conforma la institución bancaria, sin embargo, a lo largo de este trabajo veremos cómo los elementos personales no solo de estas instituciones son responsables cuando el secreto más bien dicho la información que constituye el secreto sale del mismo banco.

1.6 Excepciones del secreto bancario

En virtud a que por regla general el secreto bancario tiene una amplia protección. Los sujetos que deben proteger la información en dichos centros, utilizan una serie de mecanismos legales por medio de operaciones y transacciones que ayudan a resguardar la información el secreto bancario no es absoluto, ya que en muchas legislaciones de los países que amparan estos centros, se contempla la posibilidad de revelar la información cuando sé de una orden de tipo administrativa o de carácter judicial debidamente fundamentada que así lo requiera. Como ya apreciamos que la doctrina no ha establecido un término técnico jurídico preciso para denominar la obligación que ostentan los bancos de mantener dentro de la máxima confidencialidad la información de su clientela, información que ha sido producto de la relación de confianza generada contractualmente.

Como referencia veremos que otras legislaciones la excepción al secreto bancario se puede dar sobre la base de dos tipos de requerimientos:

- Ante los de la administración de justicia; y
- Ante los de la administración tributaria.

Al respecto al observar otras legislaciones y doctrinas a los primeros hemos de diferenciar según se dicten en el ámbito penal o civil. En el ámbito penal se establece que estarán obligados a contestar a toda la información solicitada. En el ámbito civil hemos de distinguir según se trate de un proceso judicial general o ejecutivo. En el caso de un proceso general judicial solo se exigirá la exhibición de documentos sujetos a

secreto bancario cuando el juez entienda que su conocimiento sea básico para dictar sentencia.

Cuando se trate de procesos ejecutivos se establece que, si el ejecutado no designara bienes o derechos suficientes sobre los que hacer el embargo, el juez a petición del acreedor deberá dirigirse a las entidades financieras para que le faciliten la relación de bienes y derechos del deudor ejecutado de que se tenga constancia.

Ante los requerimientos de la administración tributaria, en virtud del derecho a la intimidad nadie tiene derecho a conocer los datos bancarios con el límite del deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas.

Los límites se refieren a la prestación de servicios de solvencia patrimonial por parte de las entidades de crédito se refiere a los informes bancarios y registros de morosos. Cuando se refiere a los informes bancarios son los emitidos por un banco a petición de un tercero. Como regla general, solo se pueden proporcionar con el consentimiento expreso o tácito del cliente. Si el informe es positivo no hay problema en presumir ese consentimiento, pero si contiene algún elemento negativo ha de contener el consentimiento expreso del cliente. Y cuando se refiere a los registros de morosos son en general son aquellos en que constan una serie de datos que permiten formarse una idea sobre la solvencia de las personas afectadas por esos datos.

También surgen lo que se denomina la obligación de información bancaria que no es mas que cuando el banco ha de informar al cliente del desarrollo de sus relaciones contractuales. Sin embargo, el cliente debe ser informado periódicamente del saldo y de

los movimientos efectuados. Sin embargo, este tipo de informes no son aplicables ni por la doctrina aceptada en Guatemala pues que, dentro de la actividad bancaria, hay personas y entidades que se encuentran facultadas dentro de nuestro ordenamiento legal, para obtener informaciones bancarias, ya sea a título personal, y de terceras personas, a estas facultades las he denominado excepciones al secreto bancario dentro de la legislación guatemalteca.

Una de las excepciones es la que existe ante el organismo de supervisión, en primer termino, la obligación de secreto no existe frente al organismo de supervisión del sistema financiero, sus funcionarios y empleados, de esa forma podrían cumplir las tareas de fiscalización y control de las entidades que tienen encomendadas.

Ante los mandatarios y apoderados del cliente, sin embargo, esta obligación no tiene sentido frente al propio cliente, y, por la misma razón, frente a sus mandatarios o apoderados. Se admite que es necesario incluir en este grupo de personas a los empleados del cliente, cuando en razón de las funciones que cumplen, están o deben estar enterados de los negocios y operaciones bancarias que realizan su patrón.

Caso especial es el del cónyuge del cliente por que especial consideración ha merecido a la doctrina en caso del cónyuge del cliente. Se distinguen las situaciones según el régimen matrimonial a que están sometidos los esposos. Cuando sé esta frente a una comunidad de gananciales, se ha entendido que no puede haber secreto entre los cónyuges en razón de la misma comunidad de intereses.

Distinto, es si los cónyuges se han casado bajo un régimen de separación absoluta de bienes, o si han llegado a una división de bienes con posterioridad, pues en tales casos

la independencia de patrimonios obliga a considerar con referencia a cada uno de ellos la obligación del secreto bancario.

En materia de cuenta corriente bancaria será de la mayor importancia la consideración de los siguientes elementos a resolver si el cónyuge debe o no tener acceso a la información que surge de la cuenta.

Si la cuenta es personal o a orden conjunta o como se le conoce en la actualidad mancomunada, si el cliente al vincularse informo al banco sobre su estado civil de caso y el nombre y apellido del cónyuge.

Creemos que en estas situaciones el banco puede dar información al cónyuge y que no será posible suministrarla en otros casos, debe meditarse también la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio del cliente casado, es decir, si son propios gananciales, en nuestro código civil regula los regímenes económicos del matrimonio y sus consecuencias que tiene efecto tanto dentro como fuera del matrimonio es decir al modificarse o disolverse el mismo, partiendo del régimen económico adoptado en el inicio de la vida matrimonial o como consecuencia de la unión de hecho que legalmente este establecida.

En este aspecto respecto al cónyuge personalmente se afirmaría que es excepción directamente doctrinaria en virtud a que en la actualidad únicamente las personas que tiene firma registrada en la cuenta pueden obtener información y si fuera el caso de una cuenta mancomunada o bien con mas de una firma es necesaria incluso para la emisión de un estado de cuenta la firma e identificación en la agencia de ambas

personas aun cuando una de ella afirme y compruebe su posición de cónyuge de la cuenta habiente.

Por otra parte, continuando con la exposición de excepciones tenemos a los sucesores a titulo universal con igual criterio se ha señalado que no puede haber secreto respecto de los sucesores a titulo universal, ya que son continuadores de la personalidad del causante y quienes reciben, íntegramente o en cuotas, el patrimonio del fallecido.

Diferente situación, aunque con efectos similares es el caso de los sucesores a titulo particular respecto a que los rige la regla opuesta, salvo casos especiales, como la quiebra o concurso del cliente. En tales casos se admite que los acreedores por medio de los síndicos o liquidadores tengan acceso a la información sobre el patrimonio del fallido y, en consecuencia, conocimiento de todas sus operaciones bancarias.

Caso especial es en el cual existe contienda judicial con el cliente, la doctrina considera también que el banquero esta liberado de su obligación cuando tiene un conflicto judicial con su cliente. Se admite que el banco puede presentar toda la documentación necesaria para defender sus intereses ante quien corresponda.

El caso más común es cuando el banco persigue judicialmente el cobro de un crédito contra el cliente. Es indudable que tiene derecho a presentar los documentos, papeles, contratos, suscritos por este. Con igual criterio se debe analizar el caso cuando la entidad persigue el cobro extrajudicial por medio un estudio o agencia de cobranzas. Esta ejerciendo un derecho y mientras los actos tendientes a obtener su reconocimiento no excedan los limites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, o

no sean irrazonables, excesivos o extravagantes y configuren un ejercicio abusivo, nadie puede reprocharle nada.

Algunos autores consideran que el banquero y sus colegas merecen especial consideración, es decir, cuando otras entidades financieras piden informes sobre un cliente. El banquero se enfrenta al conflicto de dos deberes, el del secreto por una parte y el de auxiliar a sus colegas por la otra. La discreción que debe haber entre las entidades debe ser la máxima, a fin de evitar consecuencias por la información que se suministre.

En la administración pública también cabe analizar aquí la subsistencia o no de esta obligación de las entidades frente a la administración pública, y en especial frente a los organismos recaudadores de impuestos.

Dado al carácter y finalidad del secreto bancario, la doctrina ha interpretado con la mayor estrictez la excepción. Si la administración pública o sus organismos no están expresamente facultados por ley para requerir esa información, las entidades no deben suministrarse.

Así como en la administración de justicia finalmente, cabe decir que este es un ejemplo netamente aceptado en la doctrina y legislación guatemalteca, cabe analizar la subsistencia de este deber frente a la administración de justicia.

Es decir, cuando jueces o funcionarios judiciales piden informes a la entidad sobre Algunos de sus clientes, como expresa el tratadista Carlos Villegas "la interpretación predominante es aquí también restrictiva, exonerándose de la obligación de guardar



secreto solo frente al pedido de un juez en causa judicial en que el cliente sea parte interesada.”¹⁰

¹⁰ Villegas, Carlos Gilberto. **La cuenta corriente bancaria y el cheque.** Pág. 159

CAPÍTULO II

2. Fundamentos jurídicos de la secretividad en las operaciones bancarias

En cuanto a esta facultad o más bien obligación de guardar secretividad en cuanto a la información confiada a un banquero y la necesidad de la existencia de las excepciones considera que no va en menoscabo del secreto bancario por cuanto no se justifica su necesidad y porque el hecho de establecer condiciones para que el banco determine si es conveniente o no el otorgar la información o antecedentes requeridos a un tercero es dar cabida a la posible o probable ocurrencia de un error, o quizás hasta dolo, en que se podría dar a conocer algo que efectivamente dañe al cliente patrimonialmente, o hasta moralmente, aunque esto último no esté cubierto, lo que es discutible a mi juicio, debido a que estamos tratando con la intimidad de una persona, a pesar de que existan las correspondientes acciones indemnizatorias en caso de perjuicios. En definitiva, esta facultad parece poder ocasionar más problemas y controversias que servir a algún buen propósito.

El secreto bancario es una institución jurídica que cíclicamente centra el debate de la opinión pública. Hoy en día nadie discute la necesidad de que este derecho impuesto a los bancos y demás entidades financieras se respete.

Ahora bien, al igual que otros derechos fundamentales individuales, el derecho a la intimidad, del cual deriva secreto bancario, encuentra excepciones, cuyo fundamento radica en el interés público.

Así, en una gran parte de las legislaciones de los distintos países se prevén de manera expresa por lo que lo que sí es seguro que la génesis del secreto bancario es la ley, por lo que es necesario en este trabajo indicar cual es el fundamento legal del secreto bancario, sin embargo, es frecuente que las legislaciones que abordan esta figura, aun sin contemplan el concepto de secreto bancario, no lo definan propiamente, caso es la nuestra que delimita su campo de acción.

2.1 La banca y la secretividad de sus operaciones

En vista del concepto que del secreto bancario pueda existir, al que obviamente se le atribuyen diferentes elementos, pero que en su mayoría son comunes en razón de la homogeneidad de la banca en el ámbito mundial, se nos facilita la búsqueda de su fundamento. Aunque no debe creerse que la controversia no haya rodeado el tema, sobre todo en el ámbito académico y jurídico.

Este es un tema de gran interés, debido a que la postura que se asuma sobre él en la legislación de un país determina en gran forma el desarrollo de su actividad económica, fuere para bien o mal.

Es que debe protegerse al secreto bancario como uno de los principales elementos propulsores de la economía de un país. Por eso es que a lo largo de estas páginas se encontrarán reiterativas alusiones a la nación que ha logrado convertir a esta institución en un producto que atrae la inversión y depósitos de capitales hacia ella, lo que le ha permitido convertirse en uno de los centros financieros internacionales más importantes del mundo.

Es por ello que existen naciones en la que se dice que son prácticamente la madre del secreto bancario y posee la legislación más vanguardista en lo que a él se refiere. Suiza y el secreto bancario tienen una historia común. Uno podría preguntarse qué sería de uno sin el otro.

La normativa legal que ha servido de antecedente al secreto bancario será mencionada y detallada con precisión, en lo posible, y esto nos permitirá observar de las armas que se valieron ingeniosos juristas para resguardar algo valioso. Estos hombres tenían ya una visión de lo que éste implica e importa. Lamentablemente, como se verá, nuestros tribunales tienden en ocasiones, salvo inéditas excepciones en casos puntuales, a favorecer el levantamiento del secreto bancario, dejando al público en una grave exposición e indefensión ante organismos como el Servicio de Impuestos Interno.

La idea perseguida es también comparar objetivamente, y en la medida de lo que me es posible, los elementos que distinguen al secreto bancario nuestro, frente a otros.

La banca no siempre fue como se le conoce hoy en día, sino que lo que hoy se aprecia es el fruto de varios años de evolución, es decir puede ser que en un inicio no se tuviera a ciencia cierta una secretividad en las transacciones bancarias como la que la nueva legislación le exige, sin embargo, es un gran adelanto para nuestra legislación, el proteger este tipo de secretividad, pues como se estudia en este trabajo que es una fuente de motivación para la inversión de capitales.

2.2 Antecedentes históricos de la banca en Guatemala

La actividad bancaria fácilmente puede remontarse a épocas tan antiguas como la del reinado de los primeros monarcas babilónicos. En la era moderna la actividad adquirió una conformación, que hizo que el banquero dejara de tener el carácter de simple prestamista o depositario.

La banca en Guatemala comenzó después de la revolución liberal en el año de 1871, época en la que se fundaron los primeros bancos en el país. El más antiguo de ellos, fue el banco internacional fundado el 3 de septiembre de 1877, sin ninguna relación con el existente en la actualidad.

En ese entonces funcionaban otros bancos, como el colombiano, el banco nacional de Guatemala y el banco de occidente, que se constituyo en el último fundado en la época de la revolución liberal y el único de ese entonces que aún funciona.

Estos primeros bancos contaban con documentos de crédito, tales como pagares o letras de cambio, prestaban dinero a interés con garantía hipotecaria, prendaria o fiduciaria, aceptaban depósitos tanto en moneda como en documentos, compraban y vendían metales preciosos, como oro, plata y poseían la capacidad para emitir billetes pagaderos al portador y a la vista. Por esto podemos encontrar billetes emitidos por muchos bancos correspondientes a esa época.

Pero este sistema de múltiples bancos emisores de papel moneda produjo desorden, haciendo necesaria la creación de un único banco emisor, el Banco de Guatemala, que nació durante el gobierno del General José María Orellana en el año de 1924 y las

instituciones existentes se convirtieron en comerciales e hipotecarios, operando de esa forma hasta la revolución de 1944, cuando se promovió una segunda reforma bancaria, concretizada con la creación del Banco de Guatemala y la Ley de Bancos, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y la Ley monetaria, que vinieron a establecer un nuevo marco para la banca en el país.

Esto le permitió al banco de Guatemala convertirse en el banco central, con las funciones de banco, banquero del Estado y único emisor de moneda. En la actualidad el sistema bancario pese a sus crisis tiene aproximadamente 32 bancos activos.

2.3 Etimología y antecedentes históricos en general

Antes de definir que es el secreto bancario, es necesario referirse antes al de la palabra banco. Y al indicar ello entonces decimos que etimológicamente, el banco se origina del antiguo alto alemán "bank" que significa o era utilizado para definir una mesa que utilizaban los cambistas.

Gramaticalmente al referirnos a banca nos referimos al comercio que principalmente consiste en operaciones de giro, cambio y descuentos, en abrir créditos y llevar cuentas corrientes y en comprar y vender efectos públicos especialmente en comisión.

Sin embargo, para otros es un establecimiento público de crédito constituido en sociedad por acciones. Según sea su ejercicio mercantil para algunas doctrinas puede ser de descuento, de emisión, de exportación, de fomento, hipotecario, industrial, etc.



Sin embargo, algunos tratadistas lo definen como la empresa constituida bajo la forma asociativa, cuya actividad se dirige a coleccionar capitales ociosos, dándoles de pago y a negociar con valores.

Hasta el siglo XVII, los denominados banqueros eran simplemente comerciantes en dinero. La prodigiosa multiplicidad de las monedas, fruto de la facultad de los señores feudales de acumular sus propias divisas, así como las frecuentes falsificaciones, hechas a veces por el mismo obrero, hacían muy importantes la intervención de estos cambistas que, mediante un agio, aseguraban el suministro de moneda legitima es decir autentica.

Los comerciantes con intereses internacionales encontraban así mismo consiguiente el depósito de sus dineros en instituciones serias, ya que ello no solo les reportaba seguridad, sino que les permitía valorizar sus créditos bancarios en hasta un diez por ciento frente a la moneda corriente sin garantía.

El origen concreto de esta institución, según algunos autores, fueron los judíos lombardos los que iniciaron la actividad bancaria en la península itálica, alrededor del año 1808 sin la opinión mas generalizada atribuye este privilegio al Banco de Venecia, formado en el año 1856, como consecuencia de un empréstito forzoso impuesto por el gobierno veneciano, que requirió la organización de un servicio de años, a resultas del cual dicho banco se vio precisado a emitir vales transferibles para satisfacer los pedidos de cesión que le hacían los titulares de créditos por intereses. No de este, sin embargo, un establecimiento que pudiera merecer la denominación del banco dentro del concepto moderno de la palabra, como tampoco lo fueron las casas de Vardi, Pitti y Medici, que, extendiéndose desde Florencia cubrieron a la Europa del siglo XIV con una red de

instituciones de crédito todas ellas eran simples intermediarias en los pagos de fiscales o particulares.

El depósito, que en el principio no difería de los restantes depósitos comerciales, adquiere caracteres específicos cuando los depositarios, concientes de la posibilidad de derivar un fruto de las existencias inherentes, comienzan a comerciar con ellas como con una mercancía común, con la diferencia de que la naturaleza de la mercancía les permitía a erigirse en árbitros del movimiento comercial.

Es en ese momento cuando el depósito bancario se convierte en depósito irregular, que la emisión de billetes comienza a considerarse función indispensable de la actividad bancaria y nace el crédito bancario.

En ello dio un impulso extraordinario a la banca europea y a comienzos del siglo XVIII, ya existían importantes instituciones bancarias en todas las grandes capitales de Europa, el banco de Inglaterra, la caja de descuentos francesa, el real banco de Berlín, el banco de Ámsterdam, entre otros grandes ejemplos de instituciones de crédito que mantenían una estrecha relación con el estado, disfrutando generalmente de una especie de monopolio.

En fin, podemos decir que la banca nació como un triangulo, formado por los bancos privados, que en ese entonces eran excepcionales, es decir los que constituyan por ejemplo la banca estatal y en especial los templos, estos últimos tuvieron una especial significación por que además de ser el sitio donde se adoraba a los dioses, se constituyeron en cajas de depósitos.

Así podemos mencionar dentro de los más importantes los de Eridon, Sippar, Babilonia y el Rojo de Durouk del que se dice es el establecimiento bancario más antiguo.

A mi criterio es mucho más aceptable como profesionales del derecho utilizar la que nuestra legislación vigente nos sugiere en el articulado de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que sería que el banco es una sociedad anónima de carácter especial autorizada para realizar actividades de intermediación financiera que como lo establece la ley mencionada en el Artículo tercero, que la intermediación financiera consiste en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la excepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolas al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamiento.

2.4 El secreto: su etimología, clases y naturaleza jurídica (interés público o interés privado)

Son innumerables las fuentes de consulta en donde podemos encontrar el significado o definición de la palabra secreto, pero todas ellas coinciden en determinarla como lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto; aquí encontramos que el secreto es un concepto con un contenido negativo, esto por que es secreto lo que no puede ser conocido ni por todos, ni por un círculo indeterminado de personas sino solamente por una persona. Es mas en el argot común se dice que no existen secretos de dos, esto refleja la singularidad de la cual abarca la palabra secreto.

En el diario que hacer de nuestra vida la utilización de este vocablo es de uso continuo y podríamos decir que identificamos el secreto como ese algo que reúne características

muy determinadas, es una actitud muy personal de mantener en reserva ese algo, es decir que presupone conocer o saber mas que otra u otras personas y es aquí donde surgirá solo si existe una pluralidad de personas. Así determinamos que, el secreto implica el conocimiento por parte de un sujeto de algo que otros desconocen.

Etimológicamente la palabra secreto proviene de secretum que es el participio pasado del verbo cerceno que significa separar, segregar; entonces bien podemos decir que existen unas personas que separamos de aquel las personas que no poseen tal saber o conocimiento, ajustándonos al precepto que no interesa, podemos decir que el secreto bancario es la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, la información datos referentes a sus relaciones que los vinculan con sus clientes. De esta misma manera hallamos el secreto con algunas clasificaciones, por ejemplo:

Según su conocimiento el secreto puede ser:

- Absoluto: aquí están contemplados todos aquellos que nadie conoce siendo difícil que puedan llegar a ser conocidos. Aquí podríamos ubicar ciertas leyes de la naturaleza, acontecimientos, etc., pero más que secreto sería un misterio, pues le faltaría un elemento primordial para ser secreto y esto es la pluralidad de personas que desconocen su contenido frente a otros que no, si no hay ente que lo conozca no llenará los requisitos para ser secreto.

- Relativos: aquí encontramos los que son conocidos por unas personas y que otras ignoran, el desconocimiento por parte de otras personas puede ser voluntario accidental



tomando en cuenta si han existido obstáculos concientes o casuales para impedir su divulgación, lo que podría además tener consecuencias jurídicas.

Según el origen del secreto esta parte es la más difundida, donde se distinguen tres clases de secretos, los cuales pueden ser:

- Secreto natural: todo aquello que, conocido por casualidad, por investigación personal o por indiscreción ajena, no puede ser revelado sin causar un perjuicio real, o por lo menos un justificado disgusto. El secreto natural debe mantenerse oculto por su propia naturaleza, por la ley natural o deber moral que prohíbe perjudicar o disgustar a los demás sin justo motivo. Es independiente de todo compromiso u obligación. Al ser impuesto por la naturaleza misma de la cosa, la obligación de guardarlo es absoluta ya que se puede revelar cuando el bien común así lo exija, y en algunos casos por el bien particular.

- El secreto prometido: en este caso podemos determinar que primero es conocido el secreto y posteriormente se adquiere la obligación de guardarlo, es aquí donde analizamos que no es la naturaleza misma del secreto la que no obliga, sino más bien el compromiso, la promesa de no revelarlo convirtiéndolo en menos rígido dependiendo de la voluntad o intención del que promete.

- El secreto comiso: la esencia en este tipo de secreto varía totalmente, pues el compromiso de no revelar el secreto se adquiere previamente al conocimiento. Vemos que la promesa de no revelarlo es fundamental porque constituye la razón principal. Este puede darse en forma confidencial o profesional, diferenciándose si lo oculto es comunicado a una persona cualquiera, que no esta obligada a por su profesión u oficio,

o si, por el contrario, se hace un profesión u oficio, o si, por el contrario, se hace a un profesional que por su ocupación tiene la misión de ayudar a otras personas, como serian abogados, médicos, etc.

En cuanto a la naturaleza jurídica del secreto dependerá de la adecuación que la misma se haya hecho en el derecho positivo de cada país, y por lo tanto del tratamiento que en ellos haya merecido.

Al ubicarlo como se presenta en nuestras leyes, es decir la legislación netamente guatemalteca que regula la confidencialidad de las operaciones de intermediación financiera en el Artículo 63 del Decreto numero 19-2002, nominada como la Ley de Bancos y Grupos Financieros, podemos afirmar que se trata de una obligación o responsabilidad impuesta por la ley a los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, tomando en cuenta el carácter confidencial de la información, proporcionada a los bancos o que se hubiera tratado conjugándose elementos tanto del derecho publico como del privado.

La complejidad de la obligación que le es impuesta al elemento humano y por ende a los bancos de observar ese secreto, se advierte su carácter de derecho publico ya que compete a los órganos estatales establecer la norma jurídica que impone una responsabilidad de confidencialidad y por otra, nace un derecho subjetivo que puede exigir su cumplimiento y en su caso obtener un resarcimiento económico si la indiscreción en la divulgación de la información obtenida hubiera ocasionado daños y perjuicios.



Esto nos permite ubicar claramente que el secreto bancario no encuadra exclusivamente en el campo del derecho público, sino que a la vez se ubica dentro del derecho privado.

Asimismo, tenemos que generalmente las relaciones entabladas entre clientes y banco se mantienen dentro del marco de la normatividad privada, pero si llegare a aplicarse una sanción por contravenir disposiciones locales por el incumplimiento de la obligación de mantener, la reserva de los asuntos conocidos en las operaciones realizadas por el usuario, es aquí donde caemos en el campo del derecho público.

El querer ubicar el secreto bancario dentro de un marco específico de derecho privado o bien público, resulta demasiado rígido, ya que como tal depende de la acción permanente que sé este ejecutando y será esta misma acción quien lo delimite.

Es por esa misma dinámica que tiene el derecho bancario que el secreto bancario por su misma naturaleza debería constituirse en una figura netamente ecléctica, pues en este caso será mucho más versátil su ejecución e interpretación jurídica, de tal manera que no estaría tomando extremos en su posición sino sería la intermediación de ambas ramas del derecho.

Para sustentar esta posición hagamos un pequeño análisis. El derecho público contiene normas imperativas que contienen mandatos e irrenunciables, mientras que el derecho privado regula normas de carácter contractual que buscan la armonización de intereses individuales tales como la constitución depósitos, fideicomisos, etc., ambos derechos

se complementan en algunos actos de la administración pública siendo aquí donde en un mismo acto unos elementos pueden estar sometidos al derecho público y otros al derecho privado.

2.5 El fundamento del secreto bancario

Realizada una introspección suficiente sobre lo que el secreto bancario es, a qué obliga y a quienes involucra de forma más directa, se puede iniciar ya una exposición más doctrinaria acerca de sus bases funcionales.

Claro está de antemano que habrá tantas teorías como sistemas legales distintos en que exista esta institución como lo es el secreto bancario, lo que se ha mencionado en este trabajo antes, pero lo que en definitiva importa es el fin perseguido y los medios en este caso puntual dependen del medio legal, valga la redundancia.

Ahora, tratando siempre de enfocar el desarrollo de esta institución en Guatemala es que se explicarán las teorías que más han sido recurridas por los juristas y litigantes del país, pero haciendo mención y detallando en la medida de lo posible a otras que obedeciendo a la más estricta franqueza no han tenido buen recibimiento, por decir lo menos, ya sea por la debilidad de sus argumentos o porque no tienen asidero en nuestra realidad.

Previo a la explicación de lo expuesto cabe mencionar que el secreto bancario, así como la mayor parte de las instituciones jurídicas, si es que no todas, tienen su real y práctico origen en los hechos.

Es luego, a partir de la realidad concreta y aprovechando los instrumentos que la ley provee que los juristas, autores estudiosos del tema, y los tribunales mediante la jurisprudencia formulan las más variadas estructuras jurídicas con el fin de dar fuerza, promover, limitar o anular mediante interpretaciones aquellas creaciones del legislador o la costumbre, según los valores que para ellos representen estos institutos.

Por ello en este caso reza bien la frase que indica "primero está el hecho, después el derecho", aunque no siempre sea así.

Es prácticamente un postulado doctrinario el fundamentar una institución previa a su elaboración jurídica. Esto se aplica perfectamente al caso del secreto bancario. Se han creado diversas teorías para fundamentar a esta institución.

2.6 El uso, la buena fe, el contrato, el secreto profesional

Individualizar las diversas tendencias sobre el servicio bancario no es cosa fácil, así tenemos que en muchos casos tendrán puntos de coincidencia, más en lo principal pueden diferir.

Aquí vemos por ejemplo que mientras para algunos es solo un uso tradicional el único fundamento, por otro lado, tenemos que hay quien hace énfasis en la buena fe que priva dentro del negocio bancario no dándole mayor importancia a los principios consuetudinarios y para otros el secreto bancario es una necesidad fundamental y de orden general, así también hay quienes opinan que esto solo les interesa a las partes involucradas en la relación contractual con el banco.

2.6.1 El uso

Para iniciar se puede argumentar que puede ser considerada una teoría o corriente italiana que dice que el secreto bancario se torna en obligatorio en virtud del uso universal y tradicionalmente observado por los bancos.

Es el uso la forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas. De lo dicho se infiere que el uso se encuentra en una categoría inferior a la costumbre.

En este caso para algunos el secreto bancario ha individualizado su fundamento en un uso tradicional y universalmente observado por la banca de mantener reserva sobre los negocios del cliente, y en general, sobre sus relaciones con el público.

Se habla de una especie de uso mercantil, entonces. Pero otros han ido más allá y le han dado el carácter de costumbre mercantil. Para apoyar esto último los defensores de esta tesis recurren a la historia pasada, precisamente a cláusulas estatutarias impuestas por los bancos antiguos, del siglo XV aproximadamente.

Se ha expuesto que las mencionadas cláusulas, que imponían la observancia del secreto bancario, fueron motivadas por el uso que obliga a la confidencialidad de la banca, lo que terminó siendo habitual para luego transformarse en una verdadera costumbre jurídica.

En algunos países, tales como Italia y España, se ha desarrollado esta teoría por algunos autores por ejemplo a Giacomo Molle¹¹, autor de origen italiano, apoya esta teoría basándose en el Artículo 1374 del Código Civil de Italia, según el cual: El contrato obliga no sólo en cuanto lo expresado en él, sino también a todas las consecuencias que deriven de la ley o a falta de ésta, según la equidad.

De este modo, las consecuencias que se derivarían son que por el solo hecho de la instauración de una relación contractual entre la banca y un cliente, el contenido convencional queda integrado por el uso, en el sentido que la banca quedaría sometida a respetar la reserva de toda noticia inherente al contrato contraído con el cliente y de las operaciones sucesivas que se realicen en ejecución del contrato mismo.

Algunos autores encuentran el fundamento del secreto bancario en su categoría de uso mercantil interpretativo. Señala que el fundamento hay que buscarlo una vez más en normas usuales de general vigencia, y el fundamento de este uso bancario, a su vez, debe buscarse en la naturaleza antes mencionada del contrato bancario como una relación de confianza.

Para ello se vale el Código de Comercio Español, el cual señala las normas de interpretación para los contratos mercantiles, y que además también destaca a la buena fe como elemento de interpretación y de ejecución: "Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones y abreviaciones el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus

¹¹ Molle, Giacomo. **El Uso del secreto bancario**. Pág. 15

obligaciones. Al igual que el Código Mercantil de Guatemala que regula como principios fundamentales de las negociaciones mercantiles la buena fe guardada y la verdad sabida.

Sobre la base de ello, y principalmente al uso en el contrato bancario, él deber de respetar el secreto ha ido evolucionando lentamente hasta elevarlo a la categoría de uso mercantil.

Sin embargo, atacando la tesis de la profesionalidad del secreto bancario en contraposición de considerársele un uso, a las posiciones expuestas se les han formulado diversas críticas. Surgen interrogantes, tales como si existe jurídicamente el secreto bancario porque el uso lo consagra, o acaso el uso consagra al secreto bancario porque esta institución existe al margen del uso en el derecho, si bien se dice que es el uso fuente suficientemente habilitadora del secreto bancario en toda su extensión, la respuesta es no, porque no puede limitarse la explicación del fundamento del secreto bancario simplemente a la utilización del uso mercantil.

Además, es necesario hacer la distinción, como se verá más adelante, entre el fundamento del secreto bancario y su naturaleza jurídica, y el uso no responde al primero, sino que al segundo.

Frente a estas interrogantes los autores que critican al uso como fuente del secreto bancario señalan que él solamente actúa en defecto de ley aplicable. Es por ello que estamos ante un uso *secundum legem*, que no es fuente jurídica, o *contra legem*, que es inaplicable jurídicamente. Pero si la norma escrita existe, no puede entonces invocarse como fundamento.

Por otra parte, también es criticable esta tesis debido a que actualmente prima un principio de supremacía de la ley sobre la costumbre. Como lo especifica la Ley del Organismo Judicial, la única fuente del derecho es la ley.

Por tanto, siempre correspondería preferir de manera absoluta a la ley respecto de la costumbre, cuyo ámbito de aplicación quedaría reducido al área no ocupada por las fuentes escritas.

Siendo, así las cosas, el recurso al uso resultaría insostenible frente a las leyes que contemplan cláusulas generales, las que de hecho estarían dotadas de un real contenido normativo.

Antes de criticar esta teoría, antes deben distinguirse dos cosas, en primer lugar, la interpretación y la ejecución de la obligación y, en segundo lugar, el fundamento del secreto bancario.

De otra forma no es posible sostener que el fundamento del secreto bancario sea el uso en aquellos países como en el nuestro que existe norma escrita que trata o más bien regula el tema. No es correcto recurrir al uso para fundamentar al instituto en comento, ya que ello significa confundirlo con su naturaleza jurídica y ambos son cuestiones diferentes.

La naturaleza jurídica de esta institución tiene relación con su forma de manifestarse frente al mundo jurídico, con el problema de las fuentes, y como tal, su fuente puede ser legal, consuetudinaria o incluso contractual.

Fuera de lo anterior, cabe recalcar que el uso, como fundamento único del secreto bancario, sería una fuente de derecho imprecisa y perturbadora. Imprecisa porque existirían grandes dudas sobre sus límites y alcances. Siendo que el secreto existe, cuál es el límite de su objeto o del comportamiento que impone. Ello es muy difícil de precisar por no existir norma escrita. Finalmente, es perturbadora debido a la existencia de actuaciones bancarias que violan en mayor o menor medida el secreto bancario, por ejemplo, los informes bancarios.

En resumen, el uso como fundamento del secreto bancario, puesto que este reposa sobre el uso universalmente aceptado, aceptación que justifica en que es indispensable que sea mantenido y respetado escrupulosamente porque representa un fundamento esencial de la recolección el ahorro y del sistema bancario en su actual estructura.

2.6.2 La buena fe

La buena fe dentro del derecho guatemalteco ha de tomarse como el principio de la celebración, ejecución e interpretación de los contratos por el cual, un contrato no solo obliga a lo pactado expresamente sino a lo que le pertenece en razón de su naturaleza.

Cuando se analiza en el derecho mercantil guatemalteco que establece que la buena fe guardada, no se refiera más que el contratante debe ajustarse a lo justo, es decir actuar de forma correcta para agilizar las negociaciones en el ámbito mercantil.

De esta forma el autor Joaquín Garrigués, quien analiza diversas disposiciones legales en su obra titulada contratos bancarios en el cual que establece que conforme a la buena fe y al uso en el contrato bancario se debe observar el secreto. Así fundamenta

su opinión “el fundamento del deber de secreto que tienen los bancos hay que buscarlo una vez mas en normas usuales de general vigencia, y el fundamento de su vez, de este uso bancario hay que buscarlo en la naturaleza antes apuntada del contrato bancario como una relación de confianza.”¹²

Dicho autor se inclina por un concepto más amplio, es decir la buena fe, en estos términos el secreto bancario es el resultado de aplicar estos principios a las negociaciones bancarias.

En virtud a ello no hay duda que el secreto bancario es jurídicamente y generalmente reconocido, fundamenta dicha aceptación en la naturaleza y en la importancia económica del servicio bancario y en el carácter eminentemente fiduciario de la actividad bancaria, aun si ninguna disposición de la ley lo sancione expresamente y directamente.

2.6.3 El contrato

En el caso de que se presentará o presenciara en la legislación y que estemos frente a la ausencia de norma, el origen del secreto bancario, no se encuentra ya en la costumbre, sino en el contrato que liga al cliente con el banco, y precisamente de esa obligación emana una cláusula que incluye el deber de confidencialidad por parte de la institución financiera.

¹² Garriegues, Joaquín. **Contratos bancarios**. Pág. 52

Esta teoría postula que, dentro de la obligación principal, que se señala en cada contrato, se incluya una obligación accesoria de mantener en secreto los antecedentes otorgados por los clientes.

Esta ha sido impulsada en países como Inglaterra y Alemania, debido a que en este último su legislación no se pronuncia sobre el secreto bancario. Algunos autores sostienen que la relación jurídica que conlleva el contrato es una relación de confianza de cual surge la obligación de la banca al mantenimiento del secreto que constituye una necesaria manifestación accesoria.

Se concibe que la observancia de esta regla de confidencialidad como un deber accesorio, en lo que llama la línea de los deberes secundarios del contrato. Se señala que entre los legítimos deseos del cliente figura, en primer lugar, el del secreto de su situación patrimonial y sus negocios, sobre los cuales está obligado a conceder un derecho de inspección cuyo conocimiento le confía en virtud de su calidad de consejero al banco.

El cliente cuenta con la discreción del banquero, tanto más, cuanto que siempre ha sido considerada incluso por los mismos banqueros como uno de los principales deberes.

Si por tanto el banquero satisface un deseo legítimo y bien conocido por su cliente, no puede decirse entonces que se trata de simple condescendencia de su parte, sino de ejecutar una obligación que le incumbe, ya que está obligado no solamente por todo lo que ha prometido expresamente en el contrato con su cliente, sino que se ha obligado además a comportarse, del modo que debe hacerlo todo buen banquero según la costumbre y la buena fe.



Esta posición es sostenida por quienes reconocen al contrato una relación eminentemente fiduciaria que genera en el banco la obligación de mantener el secreto. También cabe exigir discreción por parte del banco con respecto a otras informaciones obtenidas acerca de su cliente al margen de la cuenta, siempre que el banco dispusiera de ellas en virtud de la relación profesional o empresarial con su cliente.

El secreto bancario no puede concebirse como una obligación absoluta. Entonces, existen cuatro ocasiones en que el secreto debe levantarse:

- En virtud de una ley;
- Cuando el interés general así lo exigiese;
- Cuando los intereses del banco lo exigen;
- Cuando el cliente lo haya autorizado explícita o implícitamente.

En esta teoría sostienen que la reserva bancaria es una de las obligaciones fundamentales que nacen de las relaciones jurídicas en el marco de las operaciones bancarias o dicho de otra manera de los contratos bancarios ya que estos obligan no solo a lo que expresamente se pacte, sino a todo aquello que pertenezca a ellos por razón de la ley, la buena fe ó la costumbre.

En caso que se pactara en el contrato de manera expresa tal obligación, estaría fundamentado en el acuerdo de voluntades lo cual sería muy raro, especialmente

porque los contratos bancarios son generalmente por adhesión, como el que se suscribe el contrato de apertura una cuenta de ahorro.

Se reconoce expresamente que en el contrato esta el fundamento de la obligación del secreto, el cual por se una relación eminentemente fiduciaria, produce en el banco la obligación de mantener el secreto, como inevitable manifestación.

Sin embargo, a esta teoría también se le han formulado críticas y descansan en el hecho que la responsabilidad contractual es poca garantía para el cliente. Se debe agregar que esta hipótesis se encuentra subordinada al campo del derecho privado, lo cual fomenta su debilidad al no encontrar argumentos de derecho público que permitan dar una mayor defensa a esta tesis.

2.6.4 El secreto profesional.

Esta teoría ya la habíamos estudiado en este trabajo sin embargo veremos que esta teoría es una de las posturas que cuenta con mayores adeptos. Lo que ella persigue es un balance entre el interés privado y el público tras el secreto bancario.

Por ello, se toma como referente a las llamadas relaciones de confianza que se emplean para explicar la relación banco-cliente y se agrega además que es necesario adecuar la noción del secreto profesional a las nuevas exigencias de una sociedad en continuo desarrollo.

En Francia, que ha sido uno de los principales países en el desarrollo y aplicación de este fundamento del secreto bancario, junto con Italia, no se habla al respecto del

secreto bancario, secrete bancaire, sino del secreto profesional del banquero, secret professionnel du banquier.

La antigua jurisprudencia francesa había admitido, inspirándose en el Derecho Romano que se podía censurar el testimonio de aquellos que debían guardar el secreto que les había sido confiado en el ejercicio de ciertas profesiones.

Hasta ese momento, la revelación del secreto no era considerada punible. Sólo el sacerdote que develaba el secreto de confesión era castigado con penas severas.

Este delito solamente podía ser cometido por ciertas personas, quienes por su estado, profesión o funciones hubieran conocido informaciones consideradas confidenciales.

Así fue como Francia se convirtió en uno de los primeros países en extender el secreto profesional al secreto bancario. Dicha doctrina posteriormente se difundió a diferentes países de Europa y a algunos de Hispano América, tales como Colombia y México.

Autores franceses han aseverado que no es posible sostener hoy en día que las funciones de los banqueros son puramente privadas, ni que recurrir a sus servicios es puramente facultativo. La banca se parece a un servicio público al que los jefes de empresas son obligados a recurrir.

Para obtener un crédito indispensable para la vida de los negocios ciertos secretos de empresas son necesariamente confiados a los profesionales de la banca. Ellos deben estar sujetos, por tanto, al secreto profesional.

El fundamento de esta obligación es decir del secreto bancario debe hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general. No se discute en el plano moral de una obligación de silencio a cargo del depositario de las confidencias ajenas. El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia sino es en el caso particular en que se trate de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en una ocasión de profesión.

La ley impide entonces formalmente su divulgación, y ésta prohibición, que constituye esta obligación al secreto profesional está acompañada de una sanción penal.

Esta misma situación sucede con el secreto profesional desde un punto de vista legal. Así, se establece, en el Artículo 223 del Decreto número 17-73, nominado como Código Penal en el cual se tipifica como punible la revelación del secreto profesional, para este delito la legislación incluye este delito en diferentes valoraciones jurídicas.

Así se puede afirmar que, en nuestra legislación, refleja al autor que, sin justa causa, revela o emplea en provecho propio o ajeno un secreto del que ha sido enterado por razón de su estado, oficio o empleo, profesión o arte, si con ello ocasiona o puede ocasionar perjuicio.

De manera que el sujeto activo es siempre la persona que revela el secreto en las condiciones indicadas, siendo tal persona del estado, profesión, empleo u oficio inclusive arte de los relacionados en la ley.

No debe observarse al secreto profesional en sentido restrictivo, sino más generalmente, entendiéndolo como el secreto inherente al ejercicio profesional de determinada actividad, lo que facilita la utilización de ello en la actividad bancaria.

Esta teoría es la única que explica satisfactoriamente el alcance de esta obligación, que comprende los actos pre contractuales, se extiende y continúa aún cuando se han extinguido las relaciones banco-cliente.

Un profesional es aquella persona que frente a la sociedad realiza una determinada actividad particular y que ofrece la prestación de sus servicios al público en general. En el transcurso de esa actividad particular puede llegar a incumplir deberes jurídicos incurriendo en un marco específico de la culpa, cual es, el de la culpa profesional, la profesión conlleva unos grados diferentes de especialización, técnica, competencia y jerarquía que adiciona con la reglamentación y usos propios de cada una haciéndola diferente a un simple oficio y por ende donde no se puede concretar culpa de esta clase, es decir profesional.

Así mismo tenemos la interrogante si puede hablarse de secreto profesional respecto a la banca o solo de los banqueros. Es por ello que las críticas que recaen sobre esta teoría con el hecho de que solamente debe ser aplicable el secreto profesional a las personas naturales. Sin embargo, algunos autores defienden al secreto profesional señalando que no existe ninguna razón para restringir el ámbito del secreto profesional a las personas físicas. El hecho que un Código Penal sólo sancione a personas físicas no altera la conclusión, pues ello deriva de la especial naturaleza criminal que ha de aplicarse a personas físicas, pero no supone que el interés protegido o el deber violado se circunscriben a intereses o deberes de personas físicas.

Incluso se ha llegado a sostener que el secreto bancario no es más que una subespecie del secreto profesional, ello debido a que la existencia de normas que consagran el deber del secreto profesional es lo que ampara al deber de secreto bancario como subespecie del mismo.

Sin embargo, no es posible aceptar dicho argumento en atención a que frente a situaciones en que sea necesario exigir responsabilidades éstas no se puedan hacer efectivas ni abarcar a toda una institución bancaria. En materia penal es muy difícil individualizar a los responsables si se amplía el secreto profesional a las personas jurídicas.

Por otra parte, si se da la máxima extensión a la voz secreto profesional, entonces, se estaría violando en materia penal el principio de legalidad con lo que se torcería la norma penal arrogándole un sentido que el legislador no quiso darle.

2.7 Extensión y límite del secreto bancario

Los informes bancarios desde el punto de vista del deber de secreto, aquí se ha de concluir que la banca es una de las actividades financieras mas intervenidas por el Estado, puesto que le indica que puede hacer y que actividades tienen prohibidas, de este mismo modo fija los medios para hacerlo, y soporta una vigilancia muy especial por su importancia socio-económica.

Dentro de esta regulación especial no se escapa el deber de discreción a que están obligados no solo los actos sino todas las entidades financieras, el secreto bancario comprende datos específicos que no competen al secreto bancario comprende datos



específicos que no competen al secreto profesional, tales como el monto del saldo, volumen promedio de consignaciones y de giros, operaciones realizadas, etc., es decir que no se limita tan solo a lo revelado por el cliente en la parte de negociación o a lo convenido en el. Contrato mismo, sino que se extiende a informaciones, operaciones y notas que surgen de la misma relación.

El mantenimiento del secreto bancario converge en las garantías constitucionales constituyendo un medio eficaz para la protección de la libertad individual, y en la preservación de este derecho existe un interés publico, dado que si lo vemos desde el punto de vista económico, la obligación de secreto reafirma la confianza del publico en las instituciones financieras, obteniéndose con ello un alto volumen de depósitos, negocios y afluencia de capitales, existiendo un alto interés general que hay proteger.

Dentro de los derechos y garantías a la intimidad constitucionales tenemos en nuestra Constitución Política de la Republica de Guatemala, en el capítulo I, derechos individuales, en el Artículo 24 establece Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.

Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades



revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordene la ley.

Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.

En virtud a lo establecido en el texto constitucional existe un consenso, tanto en la doctrina como en la misma legislación positiva, por mantener la necesidad de proteger el secreto de acciones privadas como un medio de asegurar el más amplio disfrute de los derechos inherentes a la persona humana.

Aquí estaríamos fundamentando el secreto que asegura a las operaciones bancarias y particularizándolo dentro del derecho a la inviolabilidad de la personalidad refiriendo concretamente, al conjunto de actos realizados por la persona con un banco.

2.8 La ley como fuente del secreto bancario

Sin embargo, la ley es la fuente formal del derecho escrito, entendiéndose como la norma jurídica obligatoria impuesta por los órganos competentes del Estado, esta no solo comprende las leyes en sentido estricto derivadas del poder legislativo, sino también las normas que emanan del poder reglamentario.

Algunos países incluyen en su legislación el secreto bancario, por ejemplo: Suiza, Francia, Italia, España, Alemania, México, Argentina, Estados Unidos y Chile.

En la legislación guatemalteca la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala regula quienes tienen la obligación de guardar la confidencialidad de las operaciones e información bajo función directriz con absoluta independencia, pero bajo su propia responsabilidad manteniendo dentro de las normas legales, estatutos y reglamentos.

Esta responsabilidad radica primordialmente en la no divulgación de datos e informes confidenciales ni el aprovechamiento de estos informes para fines netamente personales o en perjuicio de terceros. Incurrirán así mismo en responsabilidad las que revelen o divulguen cualquier información confidencial sobre asuntos comunicados al banco o que dentro de el se hubieran tratado y quienes aprovecharan tal información.

No están comprendidos en el párrafo anterior las informaciones que requiera las autoridades en uso de sus atribuciones legales ni el intercambio corriente de enormes confidenciales entre bancos o instituciones similares para el exclusivo propósito de proteger las operaciones de cada institución.

Como ya analizamos en el tema anterior el secreto bancario tiene una base sumamente fuerte en virtud al principio de supremacía constitucional por que el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. Siguiendo con la normativa que le da vida en forma descendiente según la pirámide de Kelsen las normas ordinarias también lo protegen como lo es el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República que como también ya se analizó regula un tipo penal denominado la revelación de secreto profesional en él capítulo II de la violación y revelación de secretos.

CAPÍTULO III

3. Sujetos y obligaciones en el secreto bancario

En virtud a la necesidad de precisar quienes son realmente los sujetos obligados a observar el secreto bancario y viceversa, a quien o a quienes hay que exigir su cumplimiento, es un problema complejo, puesto que no existe derecho ni obligación para cumplirse sino hay ente jurídico para ello.

Por ser algo obligadamente necesario para internalizar la idea escondida tras esta institución es necesario analizar la relación que le da lugar. Entonces, es indispensable indicar como principal referente a la confianza como lo que es, ha sido y probablemente será, lazo que ha llevado al público a acercarse a los bancos para obtener una eficaz y prolífica intermediación de su dinero, en las formas que fuere.

Siguiendo este camino cabe resaltar, en primer lugar, a los sujetos que conforman esta especial relación, el banco y el cliente, y seguidamente referirse a las obligaciones que se crean en razón de ella.

No puede observarse un derecho ni una obligación carentes de titular, entonces, por una parte, está el cliente, sujeto activo y titular del derecho a exigir reserva, y por el otro el banco, sujeto pasivo obligado a guardar estos secretos y además, cada vez más con mayor frecuencia un tercero, sea la administración pública como se refiere el Artículo 68 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros además de los tribunales, que viene a tornar un entramado complejo de la relación previa.



Es por ello que el tema del secreto bancario corresponde directamente a quienes desarrollan la actividad bancaria, por lo tanto, pareciera que es un banco al que le sería exigible su cumplimiento.

Aunque aparentemente inicialmente no presente ninguna problemática, si lo tomamos desde el punto de vista expuesto anteriormente, en el fondo si la hay ya que ni la doctrina ni la legislación ha precisado adecuadamente el sujeto pasivo de la obligación y por otra parte tendremos que determinar si la carga comprende solamente a los directores a funcionarios y empleados en ultima instancia si solo afecta al banco o ambas.

3.1 Sujeto pasivo

Está sujeta a la obligación de secreto bancario todo tipo de institución financiera, no sólo los bancos y además, también se encuentran obligados todos los trabajadores de las mismas, así como todo personal foráneo al banco, lo que llaman outsourcing, que en razón de su actividad en el banco se imponga de datos sujetos a esta confidencia.

En la legislación guatemalteca con la emisión y entrada en vigencia la Ley de Bancos y Grupos Financieros cabe mencionar que a diferencia de la antigua regulación de los bancos en Guatemala esta ley incorpora nuevas figuras y expulsa algunas que en las regulaciones internacionales si existen.

Ejemplos claros de lo que es la nueva legislación bancaria desde el año 2002 que entro en vigencia la actual es que la anterior ley no regulaba lo relacionado con los grupos financieros, que actualmente también incluye en la confidencialidad del secreto

bancario, así como que anteriormente en Guatemala si existía clasificación de los bancos y en la nueva ley no existe una definición precisa ni de lo que es un banco aun cuando la ley no regula la clasificación de los bancos es curioso observar que en las resoluciones de la Junta Monetaria al momento de establecer el monto para apertura bancos si los clasifica como:

- Bancos y sucursales de bancos extranjeros; y

- Bancos de ahorro y préstamo para la vivienda.

Decimos lo clasifica por que impone diferentes montos mínimos vigentes de capital pagado inicial para bancos. Sin embargo, en la mayoría de países como lo son Argentina, Chile, Suiza si existen otras clasificaciones de bancos que es importante conocer, expuesto lo anterior, se verá a cada uno de los sujetos mencionados previamente en mayor profundidad.

Para hablar de esa clasificación extranjera debemos iniciar con los denominados bancos comerciales iniciando por que todo banco es una sociedad anónima especial que, autorizada en la forma prescrita por esta ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y en general, realizar toda otra operación que la ley le permita.

Cabe recordar la existencia del banco del Estado, es decir el Banco de Guatemala, que es regido por su propia ley orgánica, pero que en realidad no merece más en atención a que por disposición de la misma ley, el Banco se regirá preferentemente por las normas de esta ley orgánica, y en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado.

Las sociedades financieras que en el derecho internacional sólo podrán constituirse como sociedades anónimas, y que son entidades cuyo único y específico objeto social es actuar como agentes intermediarios de fondos y realizar las operaciones que les autoriza. Las sociedades financieras se regirán por las disposiciones de la ley de cada país en el cual se contemple su existencia.

Todas las referencias a bancos o empresas bancarias que se hacen en esta ley se entenderán hechas también a las sociedades financieras, siempre que sean aplicables a éstas.

Regresando al derecho nacional la Ley de Bancos y Grupos Financieros denomina que se entiende por bancos a lo que comprende a los bancos constituidos en el país y las sucursales de bancos extranjeros establecidos en el mismo, sin embargo podemos integrar una denominación de bancos de la siguiente forma que es una sociedad anónima de carácter especial que se dedica a la intermediación financiera siendo esta actividad como lo regula el Artículo tercero de la Ley de Bancos y Grupos Financieros la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones,

destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos, a excepción de las cooperativas.

Asimismo, la ley regula quienes están sujetos a la misma expresando que son los bancos, las sociedades financieras, los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar, los grupos financieros y las empresas que conforman los mismos, es decir que, si están sujetas a la ley que regula la confidencialidad de las operaciones, estas instituciones pasan a ser parte de lo que es el sujeto pasivo de la obligación.

Que es en sí, un grupo financiero que según vimos, se encuentra sujeto a la confidencialidad de las operaciones, pues según la misma Ley de Bancos y Grupos Financieros es una agrupación de dos o más personas jurídicas, que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas necesariamente debe ser un banco, entre las cuales existe control común por relación de propiedad, administración o uso de imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, según acuerdo, deciden el control común.

Los empleados, funcionarios o dependientes, es una cláusula común en los contratos bancarios siendo la siguiente: Considerando que en una sociedad bancaria son bases esenciales de su funcionamiento y desarrollo el prestigio y la confianza que en él tenga el público, el empleado se obliga a guardar la más absoluta reserva de las operaciones del banco y sobre las que ejecuten sus clientes, bajo sanción de caducidad del contrato y sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sean procedentes.

Esto se debe a la propia obligación del banco, que obliga con igual intensidad a todos aquellos que presten servicios en él. Esto incluye no sólo a los funcionarios

permanentes, sino también a quienes realicen trabajos esporádicos o externos, como por ejemplo los analistas, asesores o consultores que con motivo de un encargo específico hayan tomado conocimiento de cualquier noticia, dato o antecedente sobre aspectos económicos de uno o más clientes.

Aún, es más, se hace referencia a este instituto en la mayor parte de los códigos de ética de las empresas bancarias y su infracción es considerada un incumplimiento grave de las obligaciones impuestas por el contrato.

No solamente durante la vigencia del contrato se hace vigente este deber de confidencialidad, sino que también después, a manera de salvaguarda. Entonces, el deber de confidencialidad bancaria afecta a todo aquel, que, de cualquier modo, trabaje en un banco o lo represente, así como también a personas que sin prestar servicios dentro de la empresa tienen que imponerse de sus operaciones.

3.2 Sujeto activo

El sujeto activo en sentido amplio no es más que el denominado cliente que detenta tal calificativo, lo que solamente viene a reafirmar lo expuesto en las definiciones previas del secreto bancario.

El sujeto activo de la obligación es el que tiene la facultad de exigir algo de otra persona. Para él, la obligación es un derecho, un derecho personal. Es por tanto un titular del derecho, y para él la obligación es un elemento activo del patrimonio.

Ahora, cliente de un banco es aquel que utiliza los servicios que presten las instituciones bancarias. Por tanto, la amplitud de esto para efecto de secreto bancario es evidente, lo que lleva a incluir en este término a toda persona que entre en contacto con el banco realizando alguna revelación, en virtud de operaciones de depósito o captación de cualquier naturaleza.

El cliente es todo aquel que utilice los servicios de una entidad financiera, aunque sea en forma accidental. Se pueden distinguir con mayor precisión distintas situaciones:

- La persona que habitualmente recurre a un banco, y que tiene para éste el carácter de cliente; por ejemplo, un cuentacorrentista o una persona que tiene depósitos a plazo o que realiza con el banco diferentes tipos de operaciones bancarias, y no sólo depósitos o captaciones, sino también operaciones de comercio exterior o cambios internacionales.

- La persona que realiza los denominados actos preparatorios para llegar a ser cliente del banco; por ejemplo, quien desea o aspira a tener una cuenta corriente en un determinado banco. Es la persona que ha formulado solicitudes a una institución financiera para ser cuentacorrentista o para pedir un determinado crédito hipotecario. Estos son actos destinados a preparar una futura relación jurídica permanente con el banco, en virtud de los cuales la persona pondrá en conocimiento de éste diversos antecedentes económicos o de inversiones que desea realizar.

Aún cuando no se concrete la formalización de esta persona como cliente, siendo rechazada la solicitud por el banco, para efectos de secreto bancario se le debe considerar a ella como cliente.

Es lo correcto, atendido a que el banco ha tomado conocimiento de la intimidad económica de esta persona, que por los fundamentos señalados para esa institución no debe ser revelado.

- Finalmente, se considera cliente a quien casualmente y por una operación aislada entra en contacto con el banco. Esto se da por ejemplo un extranjero que desea hacer un cambio de divisas a quetzales.

El secreto bancario es una necesidad económica, de tipo general, por su efecto beneficioso en el ahorro y la creación de dinero, ya sea que se considere que con él se protege un derecho de la personalidad o que se vea en la obligación de reserva o la manifestación de una protección a una garantía constitucional, lo cierto es que para que la obligación de secreto actúe adecuadamente en el logro de cualquiera de esos fines, ella debe nacer desde el momento mismo en que alguien concurre a un banco con la intención de entablar relaciones con él y no sólo después que se haya celebrado la primera operación.

Sin embargo, como en casi todas las cosas, hay posturas en el otro sentido, es decir, algunos sostienen que el concepto de cliente debe ser más restringido. Por ejemplo, en Gran Bretaña en que se sostuvo que para constituir a alguien en cliente de un banco debía haber en las relaciones de aquel con éste un hábito en la realización de negocios bancarios, y que fueren realizados en forma regular, y que una transacción aislada de esta naturaleza o una serie de transacciones no comúnmente asociadas con los negocios bancarios no es suficiente.

Como consecuencia de lo anterior, el criterio predominante para determinar la calidad de cliente en Inglaterra ha sido la existencia de una cuenta corriente a su nombre.

En la práctica comercial del día a día, en un mundo cada vez más globalizado se hace indispensable una concepción amplia del término cliente, para que todos aquellos que negocien, en mayor o menor medida con los bancos, sean amparados por el secreto bancario, en atención a que gran parte de su intimidad económica, si es que no toda, queda expuesta.

Si bien la palabra cliente indica, aun gramaticalmente, un mínimo de costumbre, antitética con el acto aislado, judicialmente se ha sostenido que la duración no es de la esencia y que la mera intención de entablar un curso de negociaciones es suficiente.

3.3 La obligación de reserva

Como toda obligación es preciso identificar que es en si una obligación el concepto Romano de la obligación *Camus*, la terminología aplicable a esta relación jurídica, ha variado según la época. Antiguamente la obligación se designaba con el termino *nexum* o *nexus*, de *nectere*, que significa atar, vincular; después la hallamos empleada con cierta generalidad la palabra *obligatio*, de *ob* y *ligare*, con la cual sé esta dando a entender que su esencia esta en la sujeción del deudor a los poderes o derechos del acreedor. Del lado activo de la obligación se encuentran un *creditum* o *nomen*, que le corresponde al acreedor y del lado positivo, un que constituye el deber jurídico del deudor.



Del derecho romano son clásicas dos definiciones de la obligación, la obligación es un vínculo de derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad. La sustancia de las obligaciones consiste no en que haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que se constriña a otro a darnos, a hacernos, o a prestarnos alguna cosa.

Considerada como una relación simple y unitaria entre dos partes, en virtud de la cuál el deudor debe cumplir con una prestación y el acreedor tiene derecho de exigirla.

Por el contrario, se considera una relación compuesta integrada por relación de adeudo entre las mismas partes y relación de responsabilidad entre acreedor y bienes del deudor, por cuya virtud aquel puede dirigirse contra el patrimonio de este para hacer efectivo lo que se prometió.

Se establece entonces que la obligación de reserva va más allá de esto, pues es impuesta por la misma ley como ya se estableció, es el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar información alguna, sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de su relación con el propio cliente.



3.4 Características de la de reserva

Ahora, habiendo expuesto los puntos anteriores, es posible y cabe señalar las características de la obligación de secreto bancario misma:

3.4.1 De no hacer

Lo que resulta evidente atendido a que la idea es mantener información en carácter confidencial, reservado.

De acuerdo con muchos autores una obligación de no hacer es aquella cuyo objeto consiste en una abstención, imponiendo al deudor la prohibición de hacer algo que sin la obligación le sería lícito ejecutar.

Por tanto, está obligado el banco a inhibirse de otorgar información a terceros ajenos al cliente, salvo las excepciones legales.

3.4.1 Indeterminada en el tiempo

Lo que en otras palabras quiere decir que el deber de silencio a que está sujeto el banco no se extingue con la operación o negocio que realiza el cliente, ni siquiera con la desvinculación de éste de la entidad financiera.

3.4.2 General frente a terceros

La obligación es la de no entregar información a terceros, salvo en los casos exceptuados por ley; la justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso.

3.5 Excepciones a la obligación de reserva

La intervención de las leyes civiles presupone la condición sine qua non, la existencia de un conflicto en los órganos jurisdiccionales con competencia en asuntos civiles y que ven limitada su actuación, ya que no todo litigio puede generar la intromisión de la justicia en las relaciones entre banqueros y cliente ni puede determinar el nacimiento de una excepción al deber de guardar reserva.

En un conflicto entre un cliente del banco y un tercero que no lo es pueden haberse ofrecido pruebas consistentes en el requerimiento de informes al banco del cual uno de ellos es cliente. Si lo ha hecho exclusivamente quien es el cliente no puede surgir ninguna duda, desde el momento en que tal ofrecimiento implica una expresa autorización para que el banco se vea relevado del secreto.

Muy distinto es el caso del ofrecimiento de prueba formulado por una de las partes ajena a la relación banco cliente.

En virtud a lo expresado vemos que únicamente por orden judicial debe revelarse la información de carácter confidencial que el banco posee, sin embargo en nuestra



legislación exceptúa de la limitación que salvo lo establecido por normativa sobre lavado de dinero u otros activos, que se refiere a que la superintendencia mediante la intendencia de verificación especial que solo podrá entregar la información como ente obligado a los tribunales o al ministerio publico eximiendo de responsabilidades a las personas que están obligadas a entregar dicha obligación.



CAPÍTULO IV

4. Consecuencias jurídicas del secreto bancario

4.1 La violación del secreto bancario

Al exigir el deber jurídico de mantener en reserva determinadas informaciones, quien las revele incurrirá en responsabilidad jurídica. La reserva es entonces, dar a conocer un hecho a una o varias personas que no están legitimadas para conocer tal información.

La responsabilidad que surge es de diferente clase ya que comprende responsabilidades, civiles y penales, puede agregarse que también laborales. A su vez, la primera puede ser contractual o extra contractual atendiendo a que medie o no una relación jurídica previa y no solo un contrato.

La legitimidad activa se encontrará en el lesionado que será la sociedad en caso de una responsabilidad penal, fuera de la parte civil.

La legitimación pasiva estar a cargo de quien indebidamente ha revelado lo que este sujeto al sigilo o bien a la confidencialidad de la información bancaria.

4.1 El secreto bancario en lo penal

Al aplicar a la persona física que incurrió en la violación, por ser la responsable penalmente puede considerarse eminentemente personal. De este modo, quien se

sienta lesionado, puede acudir a la jurisdicción penal, en primer lugar, formulando denuncia, y en segundo lugar constituyendo en parte civil para obtener una adecuada reparación de los perjuicios causados.

En países como Suiza la violación acarrea sanción económica o la prisión por un periodo no superior a seis meses, así como en diversos lugares como Chile, el Líbano, Alemania que sancionan con penas de prisión, en donde no se ha legislado sobre el sigilo bancario se aplica lo inherente a las normas represivas de la violación del secreto profesional.

Los medios jurídicos que ha establecido el derecho para salvaguardar la conveniencia del secreto profesional, con una serie de sanciones para aquellas personas que lo violen y específicamente se le han establecido delitos en las diversas legislaciones penales, para castigar a quienes no cumplen con la obligación de guardar ese secreto.

En nuestro Código Penal, el Artículo 355 establece que comete delito de infidelidad quien conociendo un secreto industrial o de comercio, o de otra importancia económica y del que no pudiere libremente disponer, lo divulgare o lo utilizare para sí mismo o para un tercero, este artículo señala en forma general los delitos cometidos contra la industria y comercio, y como ya quedo desarrollado en este trabajo, el derecho bancario es parte integrante del derecho mercantil, pero aun así no existe tipificación alguna sobre el delito revelación del secreto bancario. Como delito propiamente dicho, teniendo que acudir a este artículo para su calificación.



4.2 El secreto bancario en lo civil

Se plantea si surge aquí una diferenciación, si se unirá a la persona jurídica, dígame banco, o si se busca deducir la responsabilidad del director o funcionario o empleado de dichos entes.

La responsabilidad por el hecho propio hace que tanto la persona jurídica como la física respondan, porque intervienen directamente y porque, de acuerdo con las nuevas doctrinas existen una función total entre la persona jurídica y el agente que obra.

Si existe entonces una violación al secreto bancario, que no se ha pactado expresamente ya fuera con una autorización por escrito del cliente, podría surgir una responsabilidad extra contractual, en la que, operando la solidaridad, el lesionado puede demandar tanto al ente financiero como al funcionario.

Si la primera paga, puede repetir contra el segundo, si se acepta expresamente se entiende como una obligación implícita derivada del contrato se demanda al contratante incumplidor que es el banco.

Se desechó así la responsabilidad derivada por el hecho ajeno considerándose que en caso de surgir la obligación de reparar el daño causado como bien lo expresa nuestra legislación civil todo daño debe ser reparado.

Los daños y perjuicios que se ocasionan a los depositantes o cuenta habientes, por los funcionarios y empleados bancarios, con motivo de la violación de los contratos u

obligaciones bancarios en los que se establecen las operaciones y que, en consecuencia, pudieran ser, violaciones de contratos o responsabilidad por actos ilícitos civiles, que se tradujeran en el consecuente pago de daños y perjuicios, pero siempre y cuando se hubieran ocasionado con motivo de la revelación indebida de esos datos o informes.

En nuestro derecho civil, están las disposiciones referentes a los daños y perjuicios derivados de hechos y actos ilícitos, tal y como se encuentra estipulado en el Artículo 1645 del Código Civil Decreto Ley 106 que establece que toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, esta obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Así mismo respecto a las personas jurídicas la normativa civil encontramos que hace mención que el profesional es responsable por los daños o perjuicio que cause por ignorancia o negligencia excusable, por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión. Y siendo entonces que el banquero es un profesional de la actividad bancaria, le es aplicable directamente este precepto legal.

4.3 Consecuencias jurídicas de la violación del secreto bancario

La obligación de guardar el secreto bancario es uno de los deberes de parte de los bancos del sistema, dicha obligación es fuente generadora de responsabilidad para la entidad y para las personas físicas autoras de la infidelidad al secreto.



Esta responsabilidad judicialmente puede ser de dos clases según lo regula el último párrafo del Artículo 68 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que se consideran falta grave y motivara la inmediata remoción para la persona física, y para la física o jurídica las penales y civiles que de tal hecho se deriven.

4.3.1 Sanciones penales

Sobre esta clase de responsabilidad dado a que los bancos son entes colectivos, su voluntad es expresada por las personas físicas que los gobiernan y representan.

Solo esas personas es decir directores, administradores y demás personal, que se sirve, pueden ser sujeto activo del delito de violación de secreto profesional. Por ello sin perjuicio de las responsabilidades civil y administrativa de la entidad.

Las figuras penales que describen este delito, en los códigos o leyes especiales, lo tipifican de diversas formas. En algunas legislaciones se requiere que la infidelidad la posibilidad de que perjuicio, en otras es suficiente la posibilidad de que el perjuicio exista.

En todas se prevé como eximente de la causa justa. Dado que se trata de una obligación profesional, no es necesario que subsista la calidad de director, funcionario o empleado de un banco en el sujeto activo al momento de efectuar la revelación, ya que bien pudo haber perdido esa calidad en virtud de la cual tuvo acceso al secreto.



El Código Penal guatemalteco en el Artículo 223, se regula la revelación del secreto profesional, quien sin justa causa revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte sin que ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a unos mil quetzales.

Tomando en cuenta que el banquero se le ha dado la calidad profesional entonces le es aplicable ya que también el empleado que presta sus servicios en las entidades bancarias, es responsable de dicho delito toda vez que por razón de su empleo se ha enterado de datos contables de un cliente, para poder aprovecharlo en beneficio propio o de terceras personas.

4.3.2 Sanciones civiles

Como ya se menciona, las sanciones son derivadas de la violación al secreto o confidencialidad de datos que posee una institución bancaria del país o sucursal de banco extranjero, las que a su vez son producto de la responsabilidad que pesa sobre toda institución bancaria, director, administrador, funcionario y empleado, representante legal de un banco.

Respecto a este punto se puede afirmar que violada la obligación y originado un perjuicio moral o patrimonial, al cliente o su causa habientes, la entidad es responsable por daño causado.

Responde tanto si la violación al secreto fue cometida por uno de sus representantes como si lo fue por un funcionario o empleado, tanto si hubo dolo, o si medio solo culpa.



También responde el banco si la violación al secreto ha sido obra de un tercero ajeno a la entidad, otro cliente, por ejemplo, a quien se le permitió sin causa el acceso al secreto.

En nuestro país se encuentra regulado en el Artículo 1645 del Código Civil lo referente a los daños y perjuicios de hechos y actos ilícitos, que toda persona cause ya sea por descuido o imprudencia, esta obligada a repararlo salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Así mismo el responsable de un delito doloso o culposos, este obligado a reparar a la víctima de los daños y perjuicios que le haya causado. Esta es la forma en que lo establece la normativa civil guatemalteca.

Al referirse a nuestro derecho civil a las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, cuando han sido exentos de responsabilidad penal, ya que esta exención no libera la responsabilidad civil.

Cuando son empleados bancarios los que cometen una acción que ocasione daños y perjuicios a un cliente, es aplicado que lo establece el Artículo 1663 del Código Civil que establece que son los patronos y los dueños de los establecimientos mercantiles o industriales, las responsables por los daños que causen sus empleados y demás trabajadores en actos de los servicios.

Las personas jurídicas son responsables de los daños o perjuicios que causan sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones. Este tipo de responsabilidad en



es resuelto ya sea junto con la acción penal si deviene de un delito o bien por un juicio ordinario.

Es por ello que la vulneración del secreto bancario constituye un delito, el cual debe ser perseguido de oficio por la entidad que investiga, con el efecto, de que exista un verdadero estado de derecho que proteja tanto a los cuenta-habientes del país, como ha los extranjeros que busquen invertir su dinero en nuestro sistema bancario, para lo cual debe considerarse que dicha vulneración lo único que conlleva es que la inversión en el país ya no se de, y busque otros horizontes, lo cual perjudica gravemente en el desarrollo de nuestro país. De esta cuenta se debe proteger dicho secreto, pero de igual forma si existiere una racional sospecha que el sistema bancario esta siendo utilizado para actos ilícitos, previa solicitud a los entes encargados de la investigación, levantar el mismo, sancionar tanto a la persona jurídica o persona individual de forma drástica conforme a nuestro ordenamiento penal.

De acuerdo a la Ley General de Bancos, la información referida a los depósitos y captaciones que reciban los bancos debe ser mantenida en secreto y sólo se pueden dar a conocer a los dueños de ese dinero y a quienes ellos hayan autorizado.

Si se entrega esa información, la ley castiga con al infractor pudiendo incluso llegar a la cárcel, aunque la ley permite que los jueces puedan solicitarla en caso de que investiguen algún proceso en que sea necesario conocer las operaciones bancarias que hayan hecho los dueños de esos depósitos o captaciones.



La ley también explica que existe la reserva de información, que consiste en que hay cierto tipo de información que puede ser entregado, si la persona que la solicita tiene un interés legítimo. Por ejemplo, un heredero que quiera saber si existe dinero en un banco que le pueda ser entregado.

En todo caso, la ley permite que los bancos informen las operaciones que llevan a cabo en términos generales, para fines estadísticos o de información por parte de la Superintendencia.

El uno de abril del año dos mil nueve en Guatemala cobro vigencia la normativa que permite vigilar las cuentas bancarias de políticos y sus familiares, a estas últimas se les denomina dentro de esta normativa, personas expuestas políticamente, (PEP) y dentro de esta categoría están padre, madre, cónyuge e hijos. Los PEP están sujetos a vigilancia mientras ejerzan su cargo y dos años después de haber entregado el cargo. Esta normativa fue impulsada por la Superintendencia de Bancos (SIB) para detectar lavado de dinero. Los bancos del sistema deben de informar de transacciones que no encajan con el perfil del cliente, como depósitos cuantiosos o mayores a los promedios habituales de las cuentas. De esta manera la Superintendencia de bancos busca regular a las autoridades que gobiernan al país y no solo a las personas particulares.

El tres de septiembre del año dos mil nueve, la resolución por parte del Juzgado Segundo de Primera Instancia Penal de Guatemala accedió a liberar el secreto bancario en cuentas de personas y empresas que permitieron el traslado de fondos públicos a cuentas de familiares del ex presidente Alfonso Portillo.



Con esta acción se busca aplicar el peso de la ley a aquellas personas o familiares de políticos que buscan enriquecerse de una forma ilícita.

CONCLUSIONES

1. La Constitución Política de la República de Guatemala, al garantizar, la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros, denota que en el secreto bancario está implícito el interés público, toda vez que el elemento de la confidencialidad es natural y sustancial a toda actividad bancaria.
2. El Estado ha sido en exceso inquisitivo en cuanto a la forma de averiguar sobre el patrimonio de las personas, ya que la Constitución Política de la Republica, no se pronuncia claramente, en cuanto a proteger dichos bienes.
3. En la actualidad las instituciones bancarias no poseen la reserva absoluta del secreto bancario, dicha reserva es la que deberían proporcionar a los cuentahabientes, y al no poseer dicha reserva, se vulneran los derechos constitucionales del cuentahabiente.
4. El Estado al no regular el secreto bancario dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, vulnera la secretividad bancaria frente a los sujetos activos de la actividad financiera, y con esta pérdida de valor las instituciones financieras se encuentran con desventajas frente a los demás actores que desarrollan la actividad financiera.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe regular el secreto bancario, a través de la creación de normas jurídicas, creadas por el Congreso de la República de Guatemala, en el sentido que la información proporcionada por el cliente a las instituciones bancarias, deben ser protegidas en aras del interés público.
2. La Superintendencia de Bancos, a través del Congreso de la República de Guatemala, debe proponer la reforma al Artículo 24 de la Constitución Política de República de Guatemala, que regula la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros, por medio del cual se regule la violación al secreto bancario, con el objeto de proteger los intereses de los cuentahabientes.
3. El Estado debe regular la secretividad bancaria, a través de la Superintendencia de Bancos, tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala, como en las leyes penales, civiles, mercantiles, tributarias, bancarias y financieras, sujetando la revelación del secreto bancario, solo a orden de juez competente.
4. Es necesario una revalorización del secreto bancario en nuestra legislación, a través de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, ya que constituiría una excelente compensación para las instituciones financieras, frente a las desventajas que para ellas implica la existencia de una regulación especial y contribuiría a mejorar la competitividad del sector financiero.





BIBLIOGRAFÍA

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. **Introducción al estudio del derecho.** Publicaciones de la Universidad De Bilbao, España, 1983.

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Legislación guatemalteca.** Vol. 1, no. 2, 2003.

ARGUERI, Saúl Antonio. **Diccionario de derecho comercial y la empresa.** 11ª ed. Ed. Lenens. Buenos Aires; Argentina.

BETRAN, Carlos, FERNANDEZ ARMESTO, Juan. **El Derecho del mercado financiero.** Ed. Civitas, Madrid, España. 1992.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 14ª ed. Ed. Heliasta; Buenos Aires, Argentina.

Diccionario de la Lengua Española. Vigésima ed. Real Academia Española. Ed. Espasa-Calpe. Madrid, España, 1984.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, GIMENEZ-SALINAS, Esther. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general.** Impresos Industriales, Guatemala, 2001.

DE LEÓN VELASCO Héctor Aníbal, DE MATA VELA, José Francisco **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** Ed. Llerena y F&G Editores, 1999, Guatemala.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derecho bancario, tomo I.** Centro Ed. Vile. Guatemala, 1987.

MALAGARRIGA, Juan Carlos. **El secreto bancario.** (s./e.); (s./E.); Buenos Aires, 1976.



MORERA, Renzo. **orientamendi dotrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario, en banca, borsa e titoli di credito.** 2ª. ed.; (s./E.); Abril-junio 1965.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Ed. Temis, Bogotá, Colombia. 1992.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 27ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil.** 10ª. ed. Ed. Porrúa, S. A. Av. República de Argentina, México 1990.

PINTO LAVIN, Juan. **Secreto bancario, régimen Legal.** Editorial Lenin, Santiago, Chile. 1999.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos bancarios. Su significación en América Latina.** Cuarta ed. Biblioteca FELABAN, Bogotá Colombia. 1998.

VERGARA BLANCO, Alejandro. **El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia.** 2ª. ed.; Ed. Jurídica de Chile; Santiago, 1990.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. **La cuenta corriente bancaria y el cheque.** (s./e.); Ed. Desalma, Buenos Aires Argentina 1986.

GARRIGUES, Joaquín. **Contratos bancarios.** 2ª. ed.; Ed. Porrúa, México, 1953.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989



Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de gobierno de la República, Decreto Ley 106, 1964

Código Procesal Civil Y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código de Comercio. Julio Cesar Méndez Montenegro, Presidente de la República de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, 1970.

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Acuerdo Gubernativo Número 118-2002 del Congreso de la República de Guatemala.