



FACULTAD DE DERECHO

EL SIGILO, RESERVA BANCARIA Y EL HABEAS DATA EN EL ECUADOR

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República**

**Profesor guía
Dr. José Alcívar Bernal.**

**Autor
Alvaro Mauricio Cadena Morales.**

2009

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Dr. José Alcívar Bernal.

A B O G A D O

C.C. 170687979 - 6

DECLARACIÓN DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Alvaro Mauricio Cadena Morales.

C.C. 100263982 - 9

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por ser mi principio y mi fin.

A la Universidad de las Américas por los conocimientos recibidos a lo largo de la carrera.

Al Dr. José Alcívar Bernal por su fundamental ayuda en el desarrollo e investigación de la presente tesis.

Al Dr. Jorge Bejarano Muñoz distinguido amigo, por su apoyo a lo largo de la carrera.

DEDICATORIA

A mi padre Dr. Jaime Cadena Vallejos, quien con su gran ejemplo de vida y excelencia profesional, sabiduría y buenos consejos a lo largo de la vida ha logrado apoyarme y guiarme a conseguir este título profesional.

A mi querida madre la Sra. María Luisa Morales, que con su gran amor, cariño, amistad y sobre todo sus grandes enseñanzas me ha dado fuerzas, el valor y el incentivo de salir adelante día tras día.

Con especial cariño a mis hermanos Diego, Xavier y Paola.

RESUMEN

EL SIGILO, RESERVA BANCARIA y EL HABEAS DATA EN EL ECUADOR.

En la presente Tesis se hace un análisis del Sigilo Bancario y de la Acción de Hábeas Data. Lo cual nos permite determinar que el sigilo bancario constituye un régimen limitado exclusivamente al ámbito de las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes, e impone la obligación de confidencialidad de la institución sobre las informaciones que aquéllos le proporcionan, mientras que El Hábeas Data se muestra como una institución jurídica y constitucional para la protección del derecho a la intimidad frente al poder de los archivos de entidades públicas y privadas que recogen datos e informaciones sobre las personas y no los actualizan y hacen uso indebido de los mismos en perjuicio de sus titulares.

En la tesis planteada llegaremos a establecer que la figura del Sigilo Bancario y la Garantía Constitucional del Hábeas Data, a la vez pueden contraponerse, pero a la vez coinciden en tener el efecto de impedir el acceso de determinada información, por parte de las personas. Esto, es la información reservada.

A lo largo de la tesis nos damos cuenta que en nuestro país, se le da poca importancia y como si esto fuera poco, existe un escaso conocimiento del Sigilo Bancario, lo que es lamentable, porque esta figura tutela uno de los derechos más preciados de los depositantes e inversionistas que es, el derecho a la privacidad.

De lo analizado, se concluye, lo importante que es el fortalecimiento del Sigilo Bancario, ya que esta figura al estar bien fortalecida en el Sistema Financiero Nacional, promoverá Seguridad y Confianza a las Entidades de Intermediación Financiera, como a sus usuarios, lo que permite incentivar la inversión nacional y extranjera.

ABSTRACT

BANK SECRECY, RESERVE BANK AND THE HABEAS DATA IN ECUADOR

In the present Thesis analyzes the Bank Secrecy and of the Action of Habeas Data. What determines that Bank Secrecy is a limited exclusively to the relationship between the bank and its customers, and imposes an obligation of confidentiality of the institution on the information they provide, while Habeas Data shows as a legal institution and to protect the constitutional law to privacy against the files held by the public and private entities that collect data and information on people and not updating them and abusing them to the detriment of their owners.

In this thesis states that the figure of the Bank Secrecy and the constitutional guarantee of Habeas data, the time may contradict, but they agree to have the effect of preventing the access of certain information by individuals. This is classified information.

Throughout the thesis we find that in our country, is given little importance and as if this were not enough, there is little knowledge of Bank Secrecy, which is unfortunate, because this figure tutelage of a most precious rights of depositors and investors is the law privacy.

From the analysis, we conclude, the importance of strengthening the Bank Secrecy, as this appears to be well fortified in the national financial system, promote safety and confidence of the entities of financial intermediation, and its users, allowing encourage domestic and foreign investment.

ÍNDICE

	Página
Introducción	1
1. CAPITULO I	
1. ANTECEDENTES	4
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA BANCA	4
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SIGILO BANCARIO	7
1.3. EVOLUCIÓN DEL HÁBEAS DATA	11
2. CAPITULO II	
2. ASPECTOS GENERALES DEL SIGILO O RESERVA BANCARIA; Y, DEL HÁBEAS DATA	16
2.1. CONCEPTO DE SIGILO O RESERVA BANCARIA	16
2.2. CONCEPTO DE HÁBEAS DATA	18
2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL SIGILO BANCARIO	20
2.4. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL SIGILO Y RESERVA BANCARIA	23
2.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL HÁBEAS DATA	33
2.6. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SIGILO BANCARIO	35
2.7. SUJETOS DEL SIGILO BANCARIO	37

3. CAPITULO III	
3. BIENE JURÍDICO PROTEGIDO Y LA DEVELACION DEL SECRETO BANCARIO	49
3.1.- BIENE JURÍDICO PROTEGIDO POR EL SIGILO BANCARIO	49
3.2.- DEVELACIÓN DEL SECRETO BANCARIO	50
3.3.- CASOS EN QUE PROCEDE LA DEVELACIÓN	52
4. CAPITULO IV	
4.- DERECHO COMPARADO	61
4.1.- LEGISLACION ECUATORIANA	61
4.2.- LEGISLACION PERUANA	65
4.3.- LEGISLACION ARGENTINA	68
4.4.- LEGISLACION CHILENA	71
5. CAPITULO V	
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL SIGILO, RESERVA BANCARIA y EL HÁBEAS	
DATA EN EL ECUADOR	75
5.1.- CONCLUSIONES	75
5.2.- RECOMENDACIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	80

INTRODUCCIÓN

Con el desarrollo explosivo de la economía en el presente siglo, las fortunas han cambiado su perfil, ya no se ven fortunas representadas por bienes visibles que a los ojos de los hombres realmente importa, tales como tierras, edificios, joyas, sino con el progreso de los bienes mobiliarios representados en papel comercial, acciones, valores mobiliarios y fiduciarios, los mismos que han sido generadores de grandes fortunas que se las podría denominar como anónimas, ocultas y que se encuentran estrechamente ligados con la actividad del banquero.

Sus titulares son un nuevo tipo de persona: el inversionista que realiza movimientos económicos de un lugar a otro del planeta, muchas veces con fortunas que no pertenecen a un titular específico sino a un grupo de ellos. Los medios de comunicación y nuevas formas jurídicas de asociación han servido eficientemente a los propósitos de este nuevo tipo de ricos.

Es unánime la versión que las instituciones bancarias tal como los entendemos hoy, surgieron de una forma rudimentaria, naciendo en los templos de la antigüedad, en las culturas situadas entre el Tigris y el Eufrates. Donde la función del sacerdote incluye la del banquero. Los historiadores presentan muestras del enorme cúmulo de operaciones bancarias que se celebran en los templos además de la adoración a lo divino, a lo sagrado, que por el lugar donde se realizaban tenían el carácter de reservadas, ocultas, misteriosas; traducida en una palabra, secretas.

En sus inicios el objeto de crear esta institución fue conservar con mayor seguridad los valores de las personas que en ese entonces eran metales preciosos. La estructura física de la construcción de dicho templo, junto a lo que representaba el sacerdote, daban la garantía de seguridad física y moral en la custodia de esos valores. Con el transcurso del tiempo, con la autorización de los propietarios, los valores que se encontraban en custodia de

los sacerdotes empezaron a prestarse a una tasa de interés y por un tiempo determinado, a la gente que necesitaba capital de trabajo para el desarrollo de sus actividades productivas. Como algo extra a los depositantes se les indicó el riesgo de este tipo de operaciones, por lo que en lo posterior se desarrolló figuras jurídicas como la hipoteca y la prenda para así poder asegurar la devolución de los valores prestados.

Dentro de la función que cumplen los bancos, es decir la intermediación, es evidente que estos llegarán a tener un entero conocimiento de cantidad de información sobre sus clientes y sobre los movimientos de sus cuentas, dicho de otra forma, la vida económica de una persona y el manejo de ésta estarían al descubierto para quienes ejercen la actividad bancaria, razón por la cual el legislador ha encontrado la necesidad de crear normas que en el Ecuador se encuentran previstas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, las cuales son, el sigilo y la reserva, que busquen precautelar que toda esa información no sea objeto de usos o abusos que puedan perjudicar a personas naturales o jurídicas que han depositado su total confianza en una institución financiera.

El objeto de que la banca guarde el sigilo y la reserva es con la finalidad de evitar que se atente contra derechos inherentes a la persona.

Surge una figura importante para mantener el sano funcionamiento de la seguridad de las Instituciones Bancarias, el Estado y sus clientes, siendo una de las figuras importantes para resguardar las operaciones financieras de los usuarios de los bancos, el Sigilo Bancario.

Tenemos como reto demostrar los verdaderos alcances de la figura del sigilo bancario dentro de nuestra legislación. Razón por la cual vamos a observar su aplicación dentro de las Instituciones Financieras en el Ecuador.

Nos interesa profundizar sobre la aplicación del sigilo bancario en Ecuador y precisar las medidas de control. Este aspecto nos permitirá proporcionar el cumplimiento, la eficacia y las limitaciones del sigilo bancario en Ecuador.

Además, vemos la necesidad de puntualizar las ventajas y desventajas que surgen con la aplicación del Sigilo Bancario.

También realizaremos un trabajo de Derecho Comparado. Para lo cual efectuaremos una comparación del sigilo bancario de Ecuador con el de otras legislaciones, tales como las de Perú, Argentina y Chile. Una vez concluida esta comparación, podremos determinar si en Ecuador el sigilo bancario tiene los mismos alcances que en esos países.

Con lo que podremos detectar deficiencias y plantear sugerencias con el fin de mejorar la aplicación del sigilo bancario en la banca nacional.

Establecida la comparación, nos servirá para delimitar las transacciones que realmente requieren de confidencialidad. De igual forma, permitirá describir cómo se puede obtener información bancaria sin lesionar o vulnerar la privacidad del cliente protegido.

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES

1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA BANCA

La historia de la banca tiene su inicio antes de Jesucristo, con el surgimiento de la actividad comercial, haciendo necesario la existencia de algunos elementos de cambio, como el dinero, por lo que hizo indispensable lugares de intermediación, que para la época se lo realizaba en las plazas que eran distantes entre si, con el peligro de asaltos durante el viaje, naciendo la necesidad de resguardar estos valores para seguridad de los depositantes. Estas actividades estuvieron a cargo de los comerciantes, salvo la custodia, que se reservó a los sacerdotes.¹

Se puede decir que los bancos nacieron principalmente con la idea de suplir diferentes necesidades, mismas que se las practicaban en Babilonia, desde tres mil años antes de Cristo, surgiendo de un sector pequeño que se le denominó “**cambistas**”, que fueron los primeros gestores para dar el inicio a las operaciones bancarias, ya que las funciones básicas eran: Operaciones de cambio, pagos a distancias y la custodia del dinero, estas transacciones solo las podía realizar el monarca y los sacerdotes. Posteriormente se permitió el negocio a los particulares, pero a niveles personales y de montos no muy grandes, sin embargo las necesidades de inversión y de gasto fueron aumentando, lo que ayudó a la creación de las instituciones jurídicas e implementación de normas y procedimientos jurídicos con enfoques de derecho positivo con el objeto de poder alcanzar la eficacia y validez de la norma en la integración del ordenamiento jurídico.²

Con la constante evolución y mayor organización se comenzó a tejer lo que serían los bancos, así para el siglo IV antes de Cristo en Grecia aparecen

¹ HUMBERTO JIMENEZ SANDOVAL, Derecho bancario, Pág. 55.

² VILLEGAS, Régimen Legal de Bancos, Pág.2.

los bancos públicos, que aparte de su actividad de crédito y de cambio, se encargaban de la recaudación de los impuestos y acuñaban la moneda; en Roma se generan los bancos tanto a nivel privado como público, donde tuvo gran presencia la figura del crédito mutuo; más adelante en la época de Justiniano, se reglamentan diferentes disposiciones, dando cabida a las tasas de interés anual.

Entre el siglo XII y XIV, en Italia se compiló y se legisló con gran especialización todo el asunto bancario, con lo que se dice que nacieron los bancos como se entienden en la actualidad, puesto que no solo manejaban monedas, sino letras de cambio y disposiciones de dinero nacional y extranjero. De esta forma muchos comerciantes a cambio de obtener una comisión, recurrían a los bancos para tratar sus negocios con terceros, ya sea representándolos o a cuenta propia, con lo que eran comerciantes y banqueros al mismo tiempo.

El punto máximo de la intervención italiana en la historia de los bancos se da cuando los banqueros y comerciantes se trasladan a Suiza, punto desde el cual se expandieron a un gran número de lugares en Europa, con lo que intervinieron en la financiación de negocios y aplicaron créditos personales con garantía prendaria y hasta a los poderes públicos. Desde este punto la actividad bancaria y la historia de los bancos logró un gran impulso y como resultado, la instalación de completos sistemas que llegaron a niveles internacionales.

Llegamos así a la organización moderna de la Banca, que data de 1694, año en que se fundó EL BANCO DE INGLATERRA, que es considerado, históricamente, como el PRIMER BANCO CENTRAL, y como el PRIMER BANCO DE EMISIÓN, dando inicio al surgimiento a los grandes institutos de crédito.

Además el Banco de Inglaterra, ya utilizaba las modernas instituciones que la banca utiliza como son: el cheque, las notas de caja, las letras de cambio, los pagarés, etc.

La creación de los billetes de Banco, como sustitutos del dinero metálico, es, probablemente, la más importante aportación del Banco de Inglaterra a la historia de la Banca Moderna.

Para finalizar en el primer período de la evolución de los bancos de emisión se advierte que en su gran mayoría, éstos fueron creados para solventar la difícil situación financiera de los gobiernos.

En Francia, el 2 de mayo de 1716, se autoriza la creación de un BANCO GENERAL, con derecho a emitir billetes pagaderos al portador, como medio para salvar la conflictiva situación económica de la hacienda pública francesa.

En Estados Unidos de América, en 1791, se fundó un banco de emisión con el fin de sostener las finanzas del Estado.

En Rusia, en 1860, se fundó el BANCO IMPERIAL, por motivos público-financieros.

Estos Bancos creados con monopolio en la emisión de sus billetes sirvieron para financiar a sus gobiernos, otorgándoles créditos al Estado.

Posteriormente, y encontrándose algunos países en su período industrial al comenzar la existencia de sus bancos, desaparece el monopolio de la emisión, sobre todo porque la industria aumentó la necesidad crediticia. Así Bélgica comenzó su desarrollo industrial a mediados del siglo XIX con la existencia de varios bancos de emisión.

En Suiza, el primer banco de emisión surgió en el año 1834, y ya en el año de 1870 existían treinta y uno. En México, Canadá, Australia y Japón se dio el mismo proceso.

Con el desarrollo de la gran industria, la creación de grandes empresas bajo la forma de sociedades por acciones y el impulso dado a la navegación y al transporte, surge la necesidad de otorgar préstamos a largo plazo; aparecen los bancos especializados; para promover la agricultura surgen los bancos de crédito agrario e hipotecario; para financiar la actividad industrial se crean los bancos industriales y para la colocación de títulos públicos y privados se instituyen los bancos de crédito inmobiliario.³

1.2.- EVOLUCION HISTORICA DEL SIGILO BANCARIO

Desde la antigüedad, el tema del sigilo bancario ha sido considerado como parte de la actividad del banquero, razón por la cual los principales sistemas jurídicos del mundo, han visto la necesidad de reconocer la figura del secreto bancario ya sea con mayor o menor amplitud, claro está, basándose en las políticas internas de cada país.

Los templos antiguos en un inicio fueron los antecedentes de nuestros modernos Bancos; nacieron como cajas de depósito, e hicieron de esta actividad su primordial misión como bancos. Posteriormente y como consecuencia de los muchos depósitos que ahí recibían, se puso en práctica el préstamo.

Del papel jugado por los templos en el surgimiento de las instituciones bancarias se puede inferir una serie de importantes consecuencias. La inviolabilidad de estos lugares, el respeto espontáneo o forzado, según el caso, a la divinidad que representan, va a proyectarse también hacia el conjunto de

³ MURATI, Natalio. Elementos de ciencia y Técnicas Bancarias, Págs. 33 y 34.

actividades que se llevan a cabo en su seno y por tanto, a las bancarias; como resultado, los rudimentarios negocios bancarios heredaron un carácter que, adecuándose a las múltiples y cambiantes circunstancias históricas, ya no le abandonaría jamás: EL SILENCIO, su obligado desconocimiento para los terceros; en otros términos, su envoltura en un hábito de discreción, de la que actualmente es fiel exponente la figura del SECRETO BANCARIO.

En los templos, los negocios bancarios se colocaron bajo la protección de los dioses, testigos de su nacimiento. Esto condujo a que las operaciones bancarias se llevaran a buen término entre banqueros y sin la interferencia o participación de elementos exteriores extraños.

Es así como la intervención de los sacerdotes marcó el inicio en la custodia y puesta en circulación, a todas las operaciones por ellos realizadas, la dimensión de secretas debido a la discreción propia de los sacerdotes.⁴

Posteriormente en Grecia en el año 393 antes de Cristo, exactamente en la ciudad de Atenas, se presentó la primera manifestación documental de la reserva del banquero respecto a los negocios con sus clientes, en una defensa judicial escrita por ISOCRATES en favor de su cliente, un joven extranjero, mercader de Crimea, hijo de Sapeo, en contra del banquero Pasión, a quien se le acusaba de haberse apropiado del dinero que el joven mercader de Crimea le había dado en depósito; la defensa conocida como **"ORACIÓN TRAPEZITA"** expresaba "a decir verdad, ¡oh, jueces!, lo más desagradable es caer en medio de tales adversarios. Los negocios con los banqueros, en efecto, no se hacen ante testigos y quien sufre un engaño debe necesariamente afrontar a tal gente que tiene muchos amigos, maneja mucho dinero y por el oficio que realiza, pasa por muy honrada. A pesar de ello, aunque así sean las cosas, demostraré a todos que Pasión me defraudó mi dinero".

⁴ CAZORLA PRIETO, Luis María, El Secreto Bancario, Pág. 34.

Es necesario señalar que aunque, la "oración trapezita" es la primera manifestación escrita que se tiene, sobre la existencia del secreto bancario, no es la primera referencia a contratos de naturaleza bancaria, los que por costumbre suponían la discreción del banquero.⁵

Continuando con la conquista de los romanos, que adoptaron el sistema tradicional de los banqueros griegos, en Roma, los *ARGENTARRI* o banqueros estaban obligados a llevar tres clases de libros, el *DIARIO*, el *CODEX ACCEPTI ET EXPENSI*, que hacía las veces de libro de caja, y el *LIBER RATIONUM* o libro mayor. Pues bien, entre ellos, el *Codex*, libro en que constaba el debe y el haber, debía mantenerse en el "misterio" propio de la Banca, con tanto rigor como el *Codex* ordinario de cada ciudadano. La manifestación de estos registros no se podía hacer más que delante de la Justicia y en caso de litigio entre el banquero y su cliente. El banquero podía dictar el contenido del libro o entregar una copia. En todo caso, no debía develar más que la parte de la cuenta que podía ser interesante para constituir una prueba. La conclusión a que nos conduce todo esto es la de considerar que ya en Roma la obligación del secreto bancario había abandonado el terreno de lo religioso y sagrado, que tanta transcendencia tuviera en su nacimiento, y comenzaba a ser objeto de regulación propiamente jurídica, reconociendo su existencia, y concretando sus límites. Este es un punto que nos interesa mucho resaltar: con el reconocimiento y la regulación jurídica de la discreción bancaria aparece ya la normación de sus límites.⁶

La Iglesia durante la Edad Media impone la prohibición al cobro de interés sobre el dinero prestado, los judíos se convirtieron en prestamistas y depositarios de grandes sumas de dinero; a ellos acudían en situaciones de crisis financieras los Príncipes, que a cambio les concedieron, bajo ciertas condiciones, el monopolio de la actividad bancaria y muchos más privilegios. En 1448 en Florencia se les permitió a los judíos no presentar al Fisco sus libros ni revelar los nombres de sus depositantes y sólo indicar el monto de

⁵ MORA ROJAS, Fernando, *Secreto Bancario y Narcotráfico*, Pág. 371.

⁶ CAZORLA PRIETO, Luis María, Pág. 41 y 42.

tales depósitos para pagar sobre ellos una tasa del 10%; esto, obviamente, motivó a muchos a colocar su dinero con los judíos, con un claro propósito de evasión fiscal. En 1457 con la reforma del "Capítulo hebreo de Florencia" se elevó la tasa impositiva a 12% pero se autorizó cargarla al depositante y a su vez se reforzó EL DERECHO DEL BANQUERO AL SECRETO.

Para la edad Moderna en el año 1515, el Papa León X dictó una bula que fortaleció la institución del "Secreto Bancario" al insistir en la OBLIGACIÓN DEL SECRETO que tenían los funcionarios de los "montes de piedad" fundados y desarrollados para ejercer el préstamo sin interés.

Continuando en Francia, Luis XIII, en el año de 1639, promulgó un decreto en el que resaltaba la importancia, para las finanzas y el comercio, de la discreción y reserva de las actividades de la banca.

Entre el año 1650 y el 1700, aparece en los estatutos de los Bancos Alemanes, Prusianos y Suecos la obligación de sus funcionarios de guardar absoluta reserva, respecto a los negocios de sus clientes y del banco.

Hasta llegar al verdadero sentido del "Secreto bancario" tal como se concibe hoy, aparece en Francia en 1706 en la **"GRANDE ORDENNANCE SUR LE COMMERCE"**; posteriormente en 1724 una sentencia del Consejo que establecía una Bolsa en París, decía: "Los agentes de cambio no podrán mencionar, en ningún caso a las personas que les hayan encargado negocios, a las que tendrán que guardar un secreto inviolable, y deberán servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación".

En 1765, los estatutos de la ***Koenigliche Giro-und Lehn-Banko de Berlín***, dieron por primera vez su referendo legal y una protección penal al secreto profesional, derivado de una relación de confianza.⁷

⁷ DE LA ESPRIELLA OSSIO, Alfonso, El Secreto Bancario, Pág. 59.

En 1846, se promulgó la "Ordenanza Prusiana sobre Bancos" y en su artículo 113 apareció por primera vez una norma escrita expresa que utilizaba el término "Secreto Bancario".

Con el correr del tiempo Suiza ha sido considerada como la precursora del Secreto bancario Moderno, por ser uno de los pocos países donde su violación está considerada como una ofensa criminal. En 1934 el Secreto Bancario era histórico y reconocido en el código legal de todo país, la diferencia enorme entre el Secreto Bancario común y el tutelado en el Código Helvético promulgado en 1934 consistió en que el "Secreto Suizo" se escribió en la ley penal y fue aplicado específica y deliberadamente a todo el gobierno.

Regulado en codificaciones civiles, confirmado en sentencias o recogido por la costumbre el secreto bancario se encuentra presente en la actualidad, en la actividad financiera de la mayoría de naciones del mundo.

El derecho bancario a través de la historia ha venido transformando las modalidades en los Contratos, con los avances económicos financieros. Los sistemas bancarios para garantizar la confidencialidad de las relaciones que establecen con sus clientes. La necesidad de establecer como fundamento en la actividad bancaria lo que conocemos como "El Sigilo Bancario".

1.3.- EVOLUCIÓN DEL HÁBEAS DATA

A finales del siglo XX, la revolución tecnológica de información dio lugar al desarrollo de bases de datos, correo electrónico y video conferencias, comunicación global de datos, con mayor rapidez e interconexión entre los registros, etc. Este rápido surgimiento de la tecnología ha planteado un problema de la intimidad y la seguridad de la información, ya que muchos de estos instrumentos son aplicables a las redes de acceso público como internet, donde la información circula por canales no protegidos, encriptados o

seguros, circunstancia que obligó al legislador tener presente este cambio drástico de época.

El hábeas data es de origen reciente, mismo que ha pasado por tres grandes etapas:

a. Etapa de origen:

La primera etapa relevante respecto a la institución del Hábeas Data tuvo lugar en el Parlamento del *Land de Hesse*, en la República Federal de Alemania, al haber promulgado el primer texto legal de protección de datos, que se le denominó "**La Datenschut**" del 7 de octubre de 1970. Esta Ley pionera marcó el comienzo de un recorrido que culminaría en **la Datenschut** **federal alemana** promulgada el 27 de febrero de 1977. Siendo el fin de esta norma impedir la lesión de bienes dignos de tutela de las personas interesadas, garantizando los datos relativos a su persona, de abusos cometidos con ocasión de su almacenamiento, transmisión, modificación, cancelación o elaboración de datos.

También corresponde a esta primera etapa "**la Data Lag**" *sueca* del 11 de mayo de 1973. En esta norma se establece el principio de la publicidad de los bancos de datos personales informatizados mediante un registro abierto a la consulta de las personas en él incluidas.

b. Etapa de desarrollo legal.

En Estados Unidos de Norteamérica se reguló el tema de manera particular con la promulgación de **la Privacy Act** del 31 de diciembre de 1974, que protege el derecho de intimidad y tuvo su antecedente en la preocupación que se creó en el Congreso con el escándalo ocasionado por el caso Watergate y el temor sobre el uso que el Gobierno puede hacer de los ordenadores y sistemas informatizados.

Uno de los aspectos centrales de esta ley federal reside en la protección de los individuos frente al asalto a su intimidad (*assault on privacy*) por los sistemas de acopio y almacenamientos de datos derivados del uso de la tecnología informática por las agencias federales, es decir, los bancos de datos de la administración federal, como lo define el Art.2. Para defender a los ciudadanos ante estas posibles injerencias en su intimidad, *la Privacy Act* garantiza el derecho de información y acceso que tiene toda persona respecto a aquellos datos que le conciernen, así como las facultades para rectificar las informaciones erróneas y cancelar las indebidamente procesadas.

En este ciclo se ubica también la *ley francesa del 6 de enero de 1978*, relativa a *la Informatique, aux fichiers et aux libertés*. El núcleo principal de esta norma, se encuentra en definir los datos personales como “informaciones que permiten, directa o indirectamente identificar a la persona física a que se refieren, con independencia de que su procesamiento haya sido por una persona física o moral” (Art. 4).

Gran Bretaña promulgó su *Data Protection Act*, norma de carácter realista que ha optado deliberadamente por una solución de compromisos entre su finalidad de garantía de las libertades y su objeto concurrente de no obstaculizar el desarrollo del sector informático.

El Convenio 108 del Consejo de Europa, lealtad y legitimidad de los procedimientos de obtención de datos, determinación de su finalidad y uso conforme a ella, actualización, seguridad de su conservación y reconocimiento del derecho de acceso a las personas concernidas, en su parte pertinente a facultades y derechos que conforman la libertad informática, en su Art.1 señala, de forma expresa, que a los efectos de la tutela prevista en las disposiciones de la ley se entenderá por dato personal el conjunto de informaciones referentes a un “individuo vivo”.⁸

⁸ EKMEKDJIAN, Miguel Angel y PIZZOLO, Caloggero, Hábeas Data: El Derecho a

La Data Protection Act excluye también de su ámbito a los ficheros manuales al circunscribirse a los sistemas automatizados.

Es decir la ley británica no prevé, en principio, la posibilidad de extender sus garantías a las personas jurídicas.

c. Etapa de expansión:

Es la etapa actual, en la cual varios países como Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela, han incorporado en sus ordenamientos jurídicos la institución del Hábeas Data, los mismos que la asumen como una nueva libertad, tan importante como los derechos procedentes.

La globalización de la información y la informática ha exigido que se busquen formas más eficientes para proteger la libertad de información pero a su vez se garantiza el derecho a la privacidad e intimidad en una sociedad interconectada.

Esta etapa está marcada por los acuerdos multilaterales para proteger estas libertades, en el caso de la Unión Europea y los propios organismos internacionales como la ONU y la UNESCO.

Al igual de lo que ha venido sucediendo en diversos países, la incorporación del Hábeas Data al ordenamiento constitucional del Ecuador es un hecho particularmente reciente y novedoso. Es en la carta de 1998 donde se estableció en su artículo 94 dentro del título que regula las garantías constitucionales, la acción de Hábeas Data como el instrumento para la protección de los derechos de la persona en relación a la información que

sobre él exista en los registros o bancos de datos; y en la Constitución vigente de Octubre de 2008, la encontramos en el Título III, de las Garantías Constitucionales, Capítulo Tercero, Sección Quinta, ACCION DE HABEAS DATA, Art 92. “Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados”.

CAPITULO II

2. ASPECTOS GENERALES DEL SIGILO O RESERVA BANCARIA; Y, DEL HABEAS DATA

2.1.- CONCEPTO DE SIGILO O RESERVA BANCARIA

Un tema que ha adquirido gran actualidad no sólo en Ecuador sino en el mundo, ha sido el del secreto bancario. Este concepto nunca ha sido definido en términos explícitos en nuestro ordenamiento jurídico, pero se encuentra establecido legalmente en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Sin embargo, en razón de este hecho, es la doctrina la que viene a salvar el vacío que ha dejado el silencio legal al respecto

Para entender qué es el sigilo y reserva bancaria es necesario analizar los términos sigilo y reserva, que según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas significa: “Sello; instrumento para sellar o impresión que deja./ Secreto, reserva.” “Lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”.⁹

Este concepto, nos permite tomar numerosas definiciones proporcionadas por varios autores:

1. Carlos Gilberto Villegas.- lo conceptúa 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".¹⁰

2. Juan Carlos Malagarriga, 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

⁹ CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

¹⁰ Compendio Jurídico y Práctico de la Actividad Bancaria. T. I., Buenos Aires, Pág. 303.

consecuencia de las relaciones jurídicas que lo vinculen".¹¹

3. Octavio Hernández, lo define como el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados de no revelar directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o motivo de la actividad a la que están dedicados".¹²

4. Sichterman, sostiene que "por derecho al secreto bancario se entiende el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar información, sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de sus relaciones con el propio cliente".¹³

5. Jorge Labanca, señala que el secreto bancario "es un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales".¹⁴

6. Juan Pinto Lavín, define al secreto bancario "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".¹⁵

Partiendo de las definiciones dadas podemos decir que, el sigilo bancario constituye un régimen limitado exclusivamente al ámbito de las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes, e impone la obligación de confidencialidad de la institución sobre las informaciones que aquéllos le proporcionan.

A su vez, las definiciones de Sigilo Bancario, nos llevan a una doble

¹¹ MALAGARRIGA, Juan Carlos., El secreto bancario, Pág.15.

¹² DERECHO BANCARIO MEXICANO, Editores de la Asociación Mexicana, Investigaciones Administrativas, Pág. 130.

¹³ MALAGARRIGA, Juan Carlos., El secreto bancario, Pág. 14.

¹⁴ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia, Pág. 20.

¹⁵ PINTO LAVIN, Secreto bancario. Régimen legal, Pág. 7.

perspectiva, de derecho y de deber, que la figura representa para la entidad de crédito. La mayoría de los autores, sin embargo, se refieren sólo a la faceta de deber u obligación a que viene obligado el Banco.

De las definiciones tomadas podemos precisar que el Sigilo y Secreto Bancario conforme a lo normado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y es el deber de la institución crediticia de no suministrar información sobre las cuentas de su cliente, así como de aquellos hechos de que tenga conocimiento como consecuencia de sus actividades, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley o como el derecho de las citadas entidades a rehusar suministrar información sobre los citados datos, pues su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras.

Es importante recalcar que este tema ha sido defendido arduamente por las instituciones financieras, tomando en cuenta que es innegable la existencia de secretos en el campo económico de los particulares y ello se debe fundamentalmente a la estrecha relación de confianza que existe entre los bancos en general, y el cliente.

2.2.- CONCEPTO DE HABEAS DATA

El Hábeas Data aparece en el ámbito del derecho, hoy en día, como una acción eficaz y expedita, institución jurídica y constitucional para la protección del derecho a la intimidad frente al poder de los archivos de entidades públicas y privadas que recogen datos e informaciones sobre las personas y no los actualizan y hacen uso indebido de los mismos en perjuicio de sus titulares, esta figura ha sido adoptada por diversos estados latinoamericanos.

Etimológicamente la denominación **Hábeas Data**, constituye la fusión de una palabra latina “**hábeas**” que proviene del latín habere que significa “**téngase en posesión**”, junto con la palabra inglesa “**data**” que proviene de Batum que significa **dato**, información.¹⁶

En consecuencia, la frase Hábeas Data tomando las definiciones de varios autores significa:

1. Carlos Salmon Alvear, define al Hábeas Data “traer los datos, es decir traer los datos personales del actor, a fin de que éste pueda conocerlos y resolver lo pertinente acerca de ellos.”¹⁷

2. Mercedes Galán Juárez, señala que el Hábeas Data “es un instrumento de garantía que poseen los ciudadanos para el acceso a todos los bancos de datos que contengan información que afecte a su vida privada.”¹⁸

3. Walter D. Guerra Pérez, sostiene que “Este instituto refiere a la facultad o al derecho que tienen las personas de acceder a los registros o bases de datos en los que estén asentados sus datos, o en los que exista información sobre ellas, con el fin de conocer y verificar su contenido y, si éste no se ajusta a la realidad, cualquiera sea la razón que haya motivado tal desajuste, obtener su supresión, rectificación, modificación, actualización, u obtener la confidencialidad de los datos.”¹⁹

Toda vez que el Hábeas Data es una institución nueva, su nombre se ha tomado parcialmente del antiguo instituto del hábeas corpus.

En consecuencia, Hábeas Data significa “**que se posean los datos o registros**” ó “que tengas los datos” ó “que vengan los datos”, o sea tomar

¹⁶ SALMON ALVEAR, Carlos, Nociones Acerca del Hábeas Data en el Ecuador, Pág. 9.

¹⁷ SALMON ALVEAR, Carlos, Nociones Acerca del Hábeas Data en el Ecuador, Pág. 9.

¹⁸ GALAN JUAREZ, Mercedes, Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho, Pág. 225.

¹⁹ GUERRA PEREZ, Walter D, Hábeas Data, Pág. 135.

conocimiento de datos propios en poder de otro.

A la acción de Habeas Data lo podemos definir, como un recurso constitucional que permite a su titular perseguir la obtención de información, en la medida que esta se vea afectada por la existencia o inclusión de tal información en archivos públicos o privados. Cabe indicar que no solo establece la obligación del Estado de facilitar al titular el acceso al dato, sino que también impone obligaciones como las de suprimir, rectificar o actualizar los datos que se han incluido en los bancos de datos, ya sean públicos o privados.

2.3.- NATURALEZA JURIDICA DEL SIGILO BANCARIO

A continuación vamos a enunciar los elementos y características esenciales, que diferencian a la figura del sigilo bancario de otras, llegando así a aquello que es invariable y permanente de aquella figura.

El sigilo bancario nace como una obligación de las instituciones de crédito relacionadas con las operaciones que éstas practican, por lo que dichas instituciones se encuentran sujetas al control, vigilancia y sanción de las autoridades correspondientes.

En el caso de nuestro país, la vigilancia y el control se encuentra a cargo de La Superintendencia de Bancos y Seguros, organismo técnico con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público. Con respecto a las sanciones de carácter penal y civil se someterán a los órganos judiciales correspondientes.

Por operaciones que las instituciones de crédito realizan, se entenderá, todas aquellas que se encuentra comprendidas en el Art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

El autor Luis Méjan considera, que el sigilo o reserva bancaria es una institución de naturaleza dual, es decir, de derecho privado debido a que regula operaciones entre comerciantes, típicamente comerciales y regula las relaciones entre cliente y banco; y, de derecho público por las siguientes razones:

Su tutela la ejerce el Estado, la actividad es controlada como ya antes lo mencionamos por un órgano desconcentrado (S.I.B.S.), entre la esfera competencial de algunas autoridades, que suponga determinadas cargas procesales y pueda llegar a caer en la esfera de lo penal, cuando atendemos a la aplicabilidad de sanciones a las instituciones financieras y a sus empleados, por violación del sigilo bancario.²⁰

Además el Sigilo Bancario, deberá proteger la información relativa a cualquier tarea, función de tipo bancario, movimientos financieros, se protegerá la información relativa a:

- Las operaciones financieras sin importar su naturaleza.
- Datos confidenciales que en razón de la confianza y actividad profesional del banquero le han sido confiados por sus clientes.
- A la vida privada del cliente.

El Art. 88 inciso tercero y cuarto de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero determina, que “Las instituciones del sistema financiero podrán dar a conocer las operaciones anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, solo para fines estadísticos o de información.

Podrán también proporcionar información general respecto del comportamiento de clientes en particular, para fines de evaluación de crédito a requerimiento de otra institución del sistema financiero o de establecimientos comerciales autorizados por aquellos, sin que ello implique la facultad de

²⁰ MEJAN C, Luís Manuel, El Secreto Bancario, Pág. 89.

revelar transacciones individualizadas.”²¹

Asimismo el Art 90 de la Ley General de Instituciones Financieras, establece, que las operaciones activas y contingentes de las instituciones financieras no están sujetas a reserva. El sigilo solo es aplicable a las operaciones pasivas.

- **OPERACIONES ACTIVAS.-** Se entiende por operaciones activas todas aquellas que la institución financiera ejecuta y financia a través de los valores y capital que posee en su activo de la descomposición de su balance, entre ellas podemos encontrar, créditos, tarjetas de crédito, avales, arrendamiento mercantil, factoring, entre otras. Estas operaciones comprometen el capital aportado al banco por parte de sus accionistas así como los depósitos de los clientes.²²

Es decir todas las operaciones que una institución financiera coloca.

- **OPERACIONES PASIVAS.-** Las operaciones pasivas se caracterizan por registrar todas las operaciones que el banco realice en la captación de recursos de sus clientes, entre ellas tenemos los certificados a plazo, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, todos los certificados de inversión, fondos, entre otros.²³

- **OPERACIONES CONTINGENTES.-** Por operaciones contingentes se entenderá a las condiciones o situaciones presentes que implican varios grados de incertidumbre y pueden a través de un hecho futuro resultar en la pérdida de un activo o que se incurra en un pasivo, tales como las cartas de crédito de cualquier tipo, avales, fianzas, los contingentes de cualquier especie o bajo cualquier condición y en general cualquier operación que pueda significar, de presente o de futuro, un derecho o una obligación de la institución financiera.

²¹ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Art. 88. inciso tercero y cuarto.

²² PALADINES SALVADOR, Lenin, Legislación Monetaria y Bancaria, Pág. 120.

²³ PALADINES SALVADOR, Lenin, Legislación Monetaria y Bancaria, Pág. 120.

Tampoco habrá reserva respecto a la forma de extinción total o parcial de las operaciones activas por lo que podrán hacerse públicas las daciones de pago y sus términos, las compensaciones, las condonaciones y las prescripciones.²⁴

2.4.- TEORIAS SOBRE EL FUNDAMENTO JURIDICO DEL SIGILO Y RESERVA BANCARIA

Continuando con el análisis del Sigilo Bancario, se ha dado lugar a múltiples teorías para fundamentar a esta institución, que a continuación se señalan y analizan:

1. Teoría Contractual.- Se limita exclusivamente a guardar silencio, por relación contractual.
2. Teoría Extracontractual.- No se limita a que termine la relación contractual, y que aun en caso de cesar dicha relación, el banco se encuentra en la obligación de resarcir el daño causado.
3. Teoría por un deber profesional.- Tomando al secreto bancario en este caso, como una fuente, como una modalidad del secreto profesional, por lo mismo, dentro de esta clasificación puede englobar a las dos anteriores.

a) Teoría del Contrato:

Esta teoría dice que frente a la ausencia de norma, afirma que el origen del secreto bancario se haya, no en la costumbre, sino que es de naturaleza contractual, es decir, que nace del 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. Esta doctrina postula que dentro de la obligación principal, que se señala en cada contrato, se incluya

²⁴ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Art. 90.

una obligación accesoria, que sería la de mantener en secreto los antecedentes otorgados, por los clientes.

Existen todavía países como es el caso de Alemania, que en su ordenamiento jurídico no existe la figura del Sigilo Bancario, por esta razón autores como:

Sichterman sostiene “que la relación jurídica que conlleva el contra es una relación de confianza de lo que surge que la obligación de la banca al mantenimiento del secreto constituye una necesaria manifestación accesoria”.²⁵

Pero es en Inglaterra donde esta teoría más fuerte se ha sentido en razón del histórico precedente jurisprudencial que sentó el fallo dictado en *el caso "Tournier versus National Provincial Bank and Union Bank of England"*, por la Corte de Apelaciones de Londres, en 1924, que en síntesis estableció que el deber de secreto era legal como derivado del contrato.

En el caso previamente mencionado el actor, un apostador empedernido, demandó al banco que le había otorgado un préstamo, por violación de secreto bancario, aduciendo que la entidad bancaria había informado a su empleador esa circunstancia, lo que originó su ulterior despido. Se sostuvo que había un derecho contractual calificado en el sentido de no proporcionar información que concerniera al depositante, que fue contraída por el banco en carácter de banquero.

En la sentencia se proclama que la obligación de secreto bancario se extiende más allá del mero contenido de la cuenta abierta a nombre de su cliente, afectando también a otras operaciones, como por ejemplo las relativas a valores.

También cabe exigir discreción por parte del banco con respecto a otras

²⁵ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág. 36.

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.²⁶

Sin embargo, se cree que el contrato no es suficiente fundamento para el deber de guardar secreto, razón por la cual a esta teoría se le han formulado un sin número de críticas y descansan en el hecho de que la responsabilidad contractual es poca garantía para el cliente.

Se debe agregar que esta teoría deja un vacío en cuanto su fundamento es parte de las relaciones privadas, por lo que hoy en día esta figura trasciende los espacios privados, lo cual fomenta su debilidad al no encontrar argumentos de derecho público que permitan dar una mayor defensa a esta tesis.

b) El uso y la buena fe:

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se entiende por uso y costumbre:

”Con respecto a la distinción apuntada, el uso, en la generalidad de las exposiciones, se presenta como el aspecto material de la costumbre, como la ejecución de los actos, reiterados; mientras que la intención jurídica es el elemento espiritual que la costumbre aporta”²⁷

De lo dicho, se desprende que el uso se encuentra en una categoría inferior que la costumbre.

Ello porque la costumbre “es un método de creación de la norma jurídica, en el cual las normas creadas resultan de la reiteración constante y

²⁶ LOBOS FUENTE, Rodrigo Pablo, Consideraciones sobre El Secreto Bancario en Chile y Suiza Págs. 17 y 18.

²⁷ CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

uniforme de una determinada conducta por parte de los sujetos obligados, a lo que se añade la persuasión acerca de que dicha conducta es jurídicamente obligatoria, esto es, que pueden esperarse sanciones específicamente jurídicas toda vez que la referida conducta no sea observada por los sujetos imperados".²⁸

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".²⁹

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.

Giacomo Molle, 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".³⁰

²⁸ SQUELLA NARDUCCI, A., La Dimensión de Autonomía en el Derecho, Pág. 79.

²⁹ LOBOS FUENTE, Rodrigo Pablo, Consideraciones sobre El Secreto Bancario en Chile y Suiza, Pág. 14.

³⁰ GARRIGUES, Pág. 51.

“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”.³¹

Joaquín Garrigues, sostiene que el fundamento del secreto bancario hay que buscarlo en las normas usuales de general vigencia, y el fundamento, a su vez, de este uso bancario se debe buscar en la naturaleza antes mencionada del contrato bancario como una relación de confianza.³² Para ello se vale del artículo 57 del Código de Comercio Español, el que señala las normas de interpretación para los contratos mercantiles, y el que 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 obligaciones”.³³ Hace aplicable el artículo 1258 del Código Civil Español, en que el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, lo cual en el Código Civil Ecuatoriano, se halla prescrito de forma similar en el Art. 1562 “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”

³¹ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág. 32.

³² GARRIGUES, Pág. 51.

³³ Código de Comercio Español y Leyes Complementarias.

De lo antes dicho y principalmente al uso en el contrato bancario, el deber de respetar el secreto ha ido evolucionando lentamente, hasta elevarlo a la categoría de uso mercantil.³⁴

Podemos decir que no puede limitarse la explicación del fundamento del secreto bancario simplemente a la utilización del uso mercantil. Además ese uso responde a la naturaleza jurídica del sigilo bancario, más no al fundamento del secreto bancario.

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.

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".³⁵

³⁴ GARRIGUES, Pág.52.

³⁵ LOBOS FUENTE, Rodrigo Pablo, Consideraciones sobre El Secreto Bancario en Chile y Suiza, Pág. 16.

c) En el secreto profesional:

Esta teoría es la que cuenta con mayor número de adeptos. La finalidad es llegar a un balance entre el interés privado y el público tras el secreto bancario. Razón por la cual, se toma como referente a las llamadas relaciones de confianza en la relación banco-cliente. Además se agrega “que es necesario adecuar la noción del secreto profesional a las nuevas exigencias de una sociedad en continuo desarrollo”.³⁶

Francia e Italia son países con mayor desarrollo en la aplicación de este fundamento, no se habla al respecto del secreto bancario, sino del secreto profesional del banquero.³⁷

De esta forma, 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. Por 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”.³⁸

Es importante señalar que Francia se convirtió en uno de los primeros países en extender el secreto profesional al secreto bancario. Dicha teoría posteriormente se difundió a diferentes países de Europa y a algunos de Hispano América, tales como Colombia y México.

En la misma manera autores italianos como Alberto Crespi, ven al secreto profesional desde un punto de vista general. Y se basan en el artículo

³⁶ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág. 26.

³⁷ LOBOS FUENTE, Rodrigo Pablo, Consideraciones sobre El Secreto Bancario en Chile y Suiza, Pág. 19.

³⁸ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág. 27.

622 del Código Penal italiano que establece:

“Quien teniendo noticia, por razones de su estado u oficio, o de la propia profesión o arte, de un secreto, lo revela, sin justa causa, o lo emplea en provecho propio o de otro...”³⁹; y el Código Penal Ecuatoriano en el Art. 201 lo prescribe en el mismo sentido que el código penal italiano.

No debe observarse al secreto profesional en sentido restrictivo, como dice Malagarriga, 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.⁴⁰

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto se le critica a los autores franceses e italianos que el secreto profesional se hace aplicable solamente a 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 circunscribe a intereses o deberes de personas físicas”.⁴¹

Incluso se ha llegado a sostener que el secreto bancario no es más que una subespecie del secreto profesional, “ello debido a que es la existencia de normas que consagran el deber del secreto profesional lo que ampara el deber del secreto bancario como subespecie del mismo”.⁴² Sin embargo, no es posible aceptar dicho argumento, porque frente a situaciones en que sea

³⁹ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág. 28.

⁴⁰ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág. 22.

⁴¹ OTERO NOVAS, J.M., Secreto Bancario Vigencia y Alcance, Pág. 734.

⁴² OTERO NOVAS, J.M., Secreto Bancario Vigencia y Alcance, Pág. 744.

necesario exigir responsabilidades, no se puede hacer efectiva y abarcar toda una institución bancaria. En materia penal es muy difícil individualizar los responsables si se amplía el secreto profesional a las personas jurídicas.

Por otro lado, si se da la máxima extensión a la voz “secreto profesional” se estaría violando en materia penal el principio de legalidad con lo cual se torcería la norma penal dándole un sentido que el legislador no ha querido darle.

En nuestro ordenamiento jurídico el tema del secreto profesional y del secreto bancario está bien distinguido, en referencia al secreto profesional “este secreto debe aplicarse a un profesional que es el que ejerce una profesión, arte, deporte, etc., con ánimo de lucro”.⁴³

Es evidente que partiendo de este significado,, se alude a una persona física y no puede comprender una persona jurídica, es por el hecho que dentro de nuestra legislación, al referirse a un profesional, estamos hablando de una persona física..

En el acaso de nuestro país queda comprobado en materia penal, en el Art. 279, caso específico para “Los abogados, defensores o procuradores en juicio, que descubran los secretos de su defendido a la parte contraria; o que, después de haberse encargado de defender a la una parte y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandonaren y defendieren a la otra; o que, de cualquier otro modo, dolosamente, perjudicaren a su defendido para favorecer al contrario, o sacar alguna utilidad personal, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años.” En concordancia con el Art. 335 numeral uno del Código Orgánico de la Función Judicial el mismo prohíbe a los Abogados en el patrocinio de las causas el revelar el secreto de sus patrocinados, sus documentos o instrucciones. A su vez en el Art. 201.- (Reformado por el Art. 42 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).- “El que teniendo noticia, por

⁴³ CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin causa justa, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.”

También en el Código Civil ecuatoriano, Art. 2130 que corresponde al Título XXX, Parágrafo I, “El depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo.

Se afirma que en la relación comercial que se establece entre el banco y su clientela hay un elemento de confidencialidad muy grande que surge de la misma naturaleza de su actividad. Quien acude a él no sólo confía sus dineros, sino igualmente sus secretos, planes y cuestiones más íntimas, asistido por la convicción personal de que el banquero guardará sigilo acerca de los mismos. De aquí se afirma que el sigilo bancario es propiamente dicho una reserva profesional.

Otro argumento, es que las profesiones que se enumeran en las normas indicadas requieren en su generalidad de un título que según Ricardo Sandoval López “se protege a los terceros que han depositado su confianza en ciertas personas que tienen título”⁴⁴ Por tanto el secreto profesional hace mención a la persona que detenta un título universitario o de otra índole que emane de una institución reconocida por el Estado.

De lo expuesto se puede apreciar que el secreto bancario y el secreto profesional tienen sustanciales diferencias; por dicha razón no existe ninguna posibilidad que se aplique el secreto profesional a los banqueros.

d) Como manifestación del Derecho a la Intimidad:

Ante el hecho de que ninguna de las tesis antes expuestas es suficiente

⁴⁴ SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Códigos de Comercio y Leyes Complementarias, Tomo III, Pag. 11.

para fundamentar el secreto bancario, se lo ha considerado como un derecho a la personalidad, del que forma parte el derecho de cada uno a la Intimidad. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir siquiera con una toma de conocimiento. Es entonces posible afirmar con entera certeza desde el plano jurídico que “los demás no tienen derecho a conocer ni violar mi intimidad; y si alguna persona tomó conocimiento de una intimidad, surge entonces para ella el deber de secreto, cual es protegido no sólo porque forma parte de la intimidad, sino porque ciertas revelaciones de lo íntimo resulta, en la vida en sociedad, absolutamente necesaria. Se ha llegado a considerar que, sin esa protección del secreto, las personas habrían de ser tan cautelosas, tan excesivas y rigurosamente celosas de su personalidad, que la vida social resultaría una exigencia insoportable.

El cliente, titular de este derecho, tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que él ha confiado a la banca. El secreto bancario es pues, una defensa de lo íntimo, aunque sea de carácter económico, del ciudadano; ésta además tiene un fundamento constitucional que más adelante lo vamos analizar.

2.5.- NATURALEZA JURIDICA DEL HABEAS DATA

Al comparar el habeas corpus y el habeas data se comprueba una inicial coincidencia en lo referente a su naturaleza jurídica; son instrumentos o garantías procesales de defensa de los derechos a la libertad personal, en el caso del habeas corpus, y de la libertad informática en lo concerniente al habeas data.

Ambos representan garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad: mientras el primero se circunscribe a la dimensión física y externa de la libertad, el segundo tiende a proteger prioritariamente aspectos internos de la libertad: la identidad de la persona, su autodeterminación, su intimidad.⁴⁵

⁴⁵ GALAN JUAREZ, Mercedes, Intimidad Nuevas Dimensiones de un Viejo Derecho, Pág. 225.

Su naturaleza jurídica es la de ser una acción, la cual genera el nacimiento de un proceso constitucional, el mismo que terminará mediante una resolución, la cual, bajo determinadas condiciones, puede ser objeto de ciertos recursos, entre ellos, el de apelación ante el superior jerárquico. No es un recurso, como erróneamente se la ha calificado; es una acción, con un espectro de acción concreto, pues, a diferencia del amparo constitucional, el Hábeas Data protege puntuales derechos.

El habeas data entendido como acción o garantía constitucional:

1. Es una garantía. El hábeas data es una garantía de tercera generación, un instrumento procesal para la protección de determinados derechos humanos.
2. Es una acción. A su vez es, de principio y sin perjuicio de alguna posibilidad diversa que dependerá de la casuística y del derecho positivo, una acción, porque, no es un medio impugnativo o incidente dentro de un proceso determinado.

En caso de la originalidad latinoamericana muestra paralelos en la condición constitucional que tiene la figura, pues casi todos los países coinciden en darle un lugar al proceso dentro del capítulo de garantías procesales.

La diferencia con Europa es evidente; aquí la protección sobre los datos personales se toma de la tutela fundamental al derecho de intimidad, donde los Tribunales Constitucionales y los jueces comunitarios tienen una cobertura normativa amplia y completa desde las directivas de la Unión y la legislación específica de cada nación.

Por su parte, Estados Unidos sigue la línea de sus enmiendas en materia de derechos subjetivos y colectivos prefiriendo las acciones individuales cubiertas por una ley que defiende la privacidad de los hogares y las personas.

En nuestro país, la tendencia es concebir al habeas data como una acción constitucional que tiene toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de dato.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.⁴⁶

2.6.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SIGILO BANCARIO

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano solo existe una norma legal que expresamente consagra la inviolabilidad del secreto bancario (artículo 88 Ley General del Sistema Financiero). Sin embargo, no podemos hablar sólo de una norma legal, ya que encontramos en el numeral veinte y veintiuno del artículo 66 Capítulo Sexto, Derechos de Libertad de la Constitución de la República del Ecuador el sustento necesario para afirmar que el secreto bancario abarca toda actividad bancaria, en medida que se

⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 92

garantiza el “derecho a la intimidad”, intimidad de los clientes, que es protegida mediante el sigilo bancario:

“20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.”

Como manifiesta expresamente la Constitución el derecho a la inviolabilidad y al secreto, esto quiere decir que, esta garantía protege la confidencialidad de los documentos e informaciones privadas, por lo que impide a los particulares el acceso a ellos y a su vez prohíbe a las Instituciones del Sistema Financiero su suministro a terceros. En este sentido, el secreto bancario entendido como deber impuesto a las entidades financieras receptoras de los depósitos y captaciones, sus administradores, funcionarios y empleados de no proporcionar informaciones que posean de sus clientes y las operaciones de negocios que realicen con ellos, constituye una de las manifestaciones del derecho a la intimidad y a la vida privada. Por lo que los documentos e informaciones que un cliente haya proporcionado libre y voluntariamente a un Banco y las operaciones de negocios que haya pactado con él, se encuentran protegidos por el secreto bancario.

Para concluir, en la medida que la Constitución reconoce la protección a la intimidad y la libertad e inviolabilidad y al secreto, razón por la cual encontramos en estos pilares el sustento necesario para la aplicación plena de la figura denominada sigilo o reserva bancaria, sin interesarnos si entre el banquero y el cliente se perfeccionó algún tipo de contrato mercantil.

2.7.- SUJETOS DEL SIGILO BANCARIO

Con relación a la obligación de preservar la información en secreto, encontramos el derecho correlativo de solicitar dicha información, para lo cual es menester llegar a establecer con precisión quienes son los sujetos de la obligación de observar el secreto y recíprocamente, del derecho a exigir cumplimiento, que por una parte está el cliente, sujeto activo y titular del derecho a exigir reserva, y por otro el banco, sujeto pasivo obligado a guardar estos secretos, y además, cada vez más con mayor frecuencia un tercero, sea la Administración o los Tribunales, que viene a tomar un entramado complejo de la relación previa.

SUJETO ACTIVO EN EL 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”.⁴⁷

“Siendo congruentes con las finalidades del secreto bancario debe establecerse que el beneficiario es el cliente de la institución bancaria. Sin embargo, atendiendo al interés público que el secreto bancario tiene debe pensarse que existe también un beneficiario un tanto más etéreo que es la colectividad, representada por la autoridad encargada de la vigilancia del sistema financiero”.⁴⁸

Entendemos que para el cliente existe un derecho subjetivo, mismo que se encuentra en la exigibilidad de solicitar al banco el máximo de sigilo en sus operaciones. Es necesario determinar qué se entiende por cliente.

⁴⁷ ALESSANDRI, Pág.8.

⁴⁸ BUENO RINCON, Fabio Enrique, El Secreto Bancario, Pág. 64 y 65.

No es fácil definir el vocablo cliente, ya que no sólo involucra a la persona que tiene una relación contractual de carácter comercial con una institución financiera, sino que su sentido es más amplio, incluyendo a personas que realizan alguna actividad o negocio en la institución bancaria, aunque no concluya en una relación contractual.

Para **Fabio Enrique Bueno Rincón**, cliente, “de una institución bancaria es el que acude a ella para celebrar una determinada operación comprendida, por supuestos, en su objeto social, sin que necesariamente esta se realice. En efecto, basta con que la persona solicite realizar una operación, para lo cual suministrará una información comercial o autorizará que otra persona la dé, para que adquiera la calidad de cliente y correlativamente la institución se vea obligada a mantener en secreto los datos o informes suministrados y la operación a realizar”.⁴⁹

Pero para el autor **Alejandro Vergara Blanco**, pueden distinguirse varias situaciones:

A.- La persona que habitualmente recurre a un banco, o que tiene para esté 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, créditos especiales, comisiones de confianza, etc.

B.- La persona que realiza “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 cuenta correntista o para pedir un determinado crédito. Estos son actos destinados a preparar una futura relación jurídica permanente con el banco, en virtud de los cuales la persona pondrá en

⁴⁹ BUENO RINCON, Fabio Enrique, El Secreto Bancario, Pág. 65 y 66.

conocimiento de éste diversos antecedentes económicos o de inversiones que desea realizar. Para este autor, no puede ser de otra manera que se les considere dentro del término clientes, porque la persona pone a disposición del banco parte de su intimidad económica.

C.- Finalmente, se considera cliente a quien casualmente y por una operación aislada entra en contacto con el banco.⁵⁰

Para Juan Carlos Malagarriga quien en relación con lo antes dicho manifiesta: “Consideramos que para los efectos de exigir la protección del secreto, se es cliente de un banco desde el momento mismo en que éste acepta la formulación, por cualquier persona, de una petición tendiente a establecer relaciones contractuales con aquel, de la naturaleza de las que le sean propias al objeto social de la institución y aun cuando, en definitiva, la petición sea rechazada. Ello importa, pues, admitir que se es cliente de un banco no sólo cuando se ha celebrado una serie de operaciones características de la actividad bancaria, o sólo una de ellas, sino que se adquiere tal carácter, a los efectos de la aplicación del secreto, aun en el periodo precontractual.⁵¹

Para concluir la obligación de secreto nace desde el mismo momento en que alguien concurre a un banco con la intención de entablar con él relaciones bancarias y no solo después de que se haya celebrado la primera operación.

En resumen, cliente puede ser la persona que mantiene relaciones contractuales de carácter comercial con una institución financiera, incluyendo a personas que se encuentran en una etapa de negociación precontractual, aunque no se realice. Como también puede serlo toda persona que esporádicamente concurre a un banco con el objeto de realizar en forma aislada una operación bancaria. Cabe recalcar que la obligación de secreto

⁵⁰ VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág. 59 y 60.

⁵¹ MALAGARRIGA, Juan Carlos., El secreto bancario, Pág. 65.

para la entidad financiera subsistirá aunque la persona se desligue de la institución bancaria.

SUJETO PASIVO EN EL SECRETO BANCARIO

Toda vez que la conservación del secreto bancario corresponde a todo tipo de instituciones financieras receptoras de depósitos y captaciones, y además, que en nuestro país se ha extendido la obligación de guardar el secreto bancario a los funcionarios y empleados de las instituciones, ya que en razón de que tienen esos cargos, conocen los datos, documentos e informes que se encuentran sujetos a confidencialidad.

Dado que la obligación y responsabilidad para hacer cumplir el sigilo bancario recae sobre las instituciones financieras. Pero de existir el incumplimiento de esta obligación, automáticamente el cliente podrá ejercer el derecho de hacer efectivas las acciones penales y civiles que procedan.

Expuesto lo anterior, se analizará a cada uno de los sujetos que forman parte del sistema financiero ecuatoriano para un mayor entendimiento.

a) Instituciones Financieras Privadas.- son aquellas que se han constituido bajo la forma de una compañía anónima, excepto las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, por tanto, para nuestro análisis consideraremos como instituciones financieras privadas las siguientes:

- Bancos,
- Las Sociedades Financieras o Corporaciones de Inversión y Desarrollo,
- Las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda; y,
- Las cooperativas de Ahorro y Crédito que realizan intermediación financiera con el público.

Los Bancos y las Sociedades Financieras o Corporaciones de Inversión y Desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito o inversión. Entre las operaciones permitidas a los bancos se encuentran en los Art. 51 y 52 de La ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que a continuación me permito transcribir:

Art. 51.- Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones en moneda nacional o extranjera, o en unidades de cuenta establecidas en la ley:

a) Recibir recursos del público en depósitos a la vista. Los depósitos a la vista son obligaciones bancarias, comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques u otros mecanismos de pago y registro; los de ahorro exigibles mediante la presentación de libretas de ahorro u otros mecanismos de pago y registro; y, cualquier otro exigible en un plazo menor a treinta días. Podrán constituirse bajo diversas modalidades y mecanismos libremente pactados entre el depositante y el depositario;

b) Recibir depósitos a plazo. Los depósitos a plazo son obligaciones financieras exigibles al vencimiento de un período no menor de treinta días, libremente convenidos por las partes. Pueden instrumentarse en un título valor, nominativo, a la orden o al portador, pueden ser pagados antes del vencimiento del plazo, previo acuerdo entre el acreedor y el deudor;

c) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales;

d) Emitir obligaciones y cédulas garantizadas con sus activos y patrimonio. Las obligaciones de propia emisión se regirán por lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores;

e) Recibir préstamos y aceptar créditos de instituciones financieras del país y del exterior;

f) Otorgar préstamos hipotecarios y prendarios, con o sin emisión de títulos, así como, préstamos quirografarios;

g) Conceder créditos en cuenta corriente, contratados o no;

h) Negociar letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos;

i) Negociar documentos resultantes de operaciones de comercio exterior;

j) Negociar títulos valores y descontar letras documentarias sobre el exterior, o hacer adelantos sobre ellas;

k) Constituir depósitos en instituciones financieras del país y del exterior;

l) Adquirir, conservar o enajenar, por cuenta propia, valores de renta fija, de los previstos en la Ley de Mercado de Valores y otros títulos de crédito establecidos en el Código de Comercio y otras leyes, así como valores representativos de derechos sobre estos, inclusive contratos a término, opciones de compra o venta y futuros; podrán igualmente realizar otras operaciones propias del mercado de dinero; podrán participar directamente en el mercado de valores extrabursátil, exclusivamente con los valores mencionados en esta letra y en operaciones propias.

Las operaciones efectuadas a nombre de terceros, o la venta y distribución al público en general de dichos valores, deberán ser efectuados a través de una casa de valores u otros mecanismos de transacción extrabursátil;

m) Efectuar por cuenta propia o de terceros, operaciones con divisas, contratar reportos y arbitraje sobre éstas y emitir o negociar cheques de viajeros;

n) Efectuar servicios de caja y tesorería;

ñ) Efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos, así como emitir giros contra sus propias oficinas o las de instituciones financieras nacionales o extranjeras;

o) Recibir y conservar objetos muebles, valores y documentos en depósito para su custodia y arrendar casilleros o cajas de seguridad para depósitos de valores;

p) Actuar como emisor u operador de tarjetas de crédito, de débito o tarjetas de pago;

q) Efectuar operaciones de arrendamiento mercantil de acuerdo a las normas previstas en la ley;

r) Comprar, edificar y conservar bienes raíces para su funcionamiento, sujetándose a las normas generales expedidas por la Superintendencia y enajenarlos;

s) Adquirir y conservar bienes muebles e intangibles para su servicio y enajenarlos;

t) Comprar o vender minerales preciosos acuñados o en barra;

u) Emitir obligaciones con respaldo de la cartera de crédito hipotecaria o prendaria propia o adquirida, siempre que en este último caso, se originen en operaciones activas de crédito de otras instituciones financieras;

v) Garantizar la colocación de acciones u obligaciones;

w) Efectuar inversiones en el capital social de las sociedades a que se refiere la letra b) del artículo 57 de esta ley; y,

x) Efectuar inversiones en el capital de otras instituciones financieras con las que hubieren suscrito convenios de asociación de conformidad con el cuarto inciso del artículo 17 de esta ley.

Tratándose de las operaciones determinadas en las letras p) y q) de este artículo, un banco o sociedad financiera o corporación de inversión y desarrollo podrá realizarlas directamente o a través de una sociedad subsidiaria de servicios financieros, la que no podrá realizar operaciones distintas a las mencionadas en dichas letras.

Para las operaciones en moneda extranjera se someterán a las normas que determine el Directorio del Banco Central del Ecuador.

Para la realización de nuevas operaciones o servicios financieros, las instituciones requerirán autorización de la Superintendencia, indicando las características de las mismas. Una vez recibida esta información, la Superintendencia deberá solicitar informe al Directorio del Banco Central del Ecuador. Estas operaciones o servicios podrán ser suspendidos de oficio o a petición del Directorio del Banco Central del Ecuador, cuando impliquen desviaciones al marco propio de las actividades financieras o por razones de política monetaria y crediticia.

Art. 52.- Los bancos podrán conceder a sus clientes sobregiros ocasionales en cuenta corriente sin que sea indispensable la suscripción de un contrato. La liquidación de estos sobregiros en cuenta corriente efectuada por el banco, junto con el estado de cuenta corriente del deudor, será considerada como título ejecutivo exigible por esta vía. Devengará la máxima tasa de interés permitida y la comisión respectiva vigente a la fecha de la concesión, más la máxima indemnización moratoria vigente a la fecha de pago.

Las Sociedades Financieras se diferencian por dos aspectos fundamentales: primero, respecto al capital, pues para constituir una Sociedad Financiera se requiere de un capital menor al de un banco y segundo en cuanto a las operaciones que no les están permitidas a las Sociedades Financieras que se encuentran señaladas en el Art. 51 de La ley General de Instituciones del Sistema Financiero, excepto las contenidas en las letras a) y g) que son: “las Sociedades Financieras a diferencia de los Bancos, no podrán recibir recursos del público en depósitos a la vista, se entiende por depósitos a la vista las obligaciones bancarias que comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques u otros mecanismos de pago y registro; los ahorros exigibles mediante la presentación de libretas de ahorro o otros mecanismos de pago y de registro; y, cualquier otro exigible en un plazo menor a treinta días. Tampoco podrán conceder créditos en cuentas corrientes, contratados o no”.

Las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda son instituciones cuya actividad principal es la captación de recursos del público para destinarlos al financiamiento de la vivienda, la construcción y al bienestar familiar de sus asociados, que deberán evidenciarse en la composición de sus activos, a diferencia de los bancos y las sociedades financieras, no podrán efectuar las operaciones mencionadas en las letras j), m), t) y v) del Art. 51 de La ley General de Instituciones del Sistema Financiero que son las siguientes operaciones:

j) Negociar títulos valores y descontar letras documentarias sobre el exterior, o hacer adelantos sobre ellas;

m) Efectuar por cuenta propia o de terceros, operaciones con divisas, contratar reportes y arbitraje sobre éstas y emitir o negociar cheques de viajeros;

t) Comprar o vender minerales preciosos acuñados o en barra, y,

v) Garantizar la colocación de acciones u obligaciones.

Para concluir las cooperativas de ahorro y crédito son instituciones formadas por pequeños ahorristas inspirados en la solidaridad comunitaria y de grupo, bajo el lema “todos para uno y uno para todos”, dichas instituciones financieras que realizan intermediación financiera con el público y que se encuentran reguladas por la Ley de Cooperativas y por la ley General de Instituciones del Sistema Financiero, entre las operaciones que se encuentran prohibidas de realizar son:

i) Negociar documentos resultantes de operaciones de comercio exterior, y,

q) Efectuar operaciones de arrendamiento mercantil de acuerdo a las normas previstas en la ley.

b) Instituciones Financieras Públicas.-

Las instituciones financieras públicas que operan en el Ecuador se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros en lo relacionado al control de sus actividades, de manera especial en lo referente a solvencia, prudencia financiera, liquidez, regularización y normas de liquidación forzosa. Previa autorización de la Junta Bancaria, podrán realizar operaciones

señaladas en el Art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, las mismas que no se encuentran expresamente señaladas en sus leyes especiales. En el Ecuador las siguientes Instituciones Financieras con carácter público.

1. El Banco Central del Ecuador.
2. El Banco del Estado.
3. El Banco Nacional de Fomento.
4. El Banco Ecuatoriano de la Vivienda.
5. La Corporación Financiera Nacional.
6. El Instituto de Crédito Educativo y Becas.

De lo antes expuesto, todas estas instituciones financieras privadas y públicas son sujetos pasivos y están obligados guardar secreto bancario, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

c) Empleados, funcionarios o dependientes.-

Están obligados a guardar el secreto bancario todas las personas que presten servicios en el banco, cualquiera que sea el nexo con éste, y que por razón hayan conocido cualquier noticia, dato o antecedentes sobre los aspectos económicos de un clientes.

Esta obligación emana de la propia obligación legal del banco. Si es una obligación del banco, como institución, mantener este secreto, con mayor razón es obligación para sus empleados. Debe distinguirse aquí a los dependientes de los órganos de expresión del banco, como gerentes o directores, ya que éstos también pueden actuar por el ente. Si así no lo hacen, quedan igualmente sujetos al secreto.⁵²

⁵² VERGARA BLANCO, El secreto bancario sobre su fundamento, Pág.64.

Por lo general las Instituciones Financieras en el Ecuador, dentro de los contratos de los empleados contemplan una cláusula del tenor siguiente: “El empleado se compromete a guardar total y absoluta reserva y sigilo, respecto de la información a la que accediere en razón de su cargo, aclarándose que el incumplimiento de tales preceptos puede acarrear serias responsabilidades legales y además ser causal de visto bueno”.

Además se firman convenios de confidencialidad, en razón de la vinculación del empleado con la institución financiera, por el acceso a información de los clientes, siendo el objetivo principal de este convenio el de formalizar el compromiso que el empleado adquiere de guardar total reserva en cuanto a la información que maneje de presente o de futuro sea esta de manera directa o indirecta, ya que la revelación, empleo o divulgación de la misma puede ser gravemente perjudicial para el Banco y/o para los clientes.

Todo esto en consideración que en una empresa bancaria son bases esenciales de su funcionamiento y desarrollo, el prestigio y la confianza que sus depositantes guardan en él.

En conclusión, la obligación del secreto bancario abarca a todo el que, en forma alguna, trabaja en un banco o lo representa de forma permanente, e incluye también a personas que sin, prestar servicios dentro de la institución financiera, que con motivos de un encargo específico hayan tomado conocimiento de cualquier noticia, dato o antecedente sobre aspectos económicos de uno o más clientes, como es el caso de los auditores externos, analistas, asesores o consultores.

CAPITULO III

3. BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y LA DEVELACION DEL SECRETO BANCARIO.

3.1.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR EL SIGILO BANCARIO

Primero es importante definir qué es bien jurídico, según **Von Lyszst**: Bien Jurídico es el interés jurídicamente protegido. No es un bien del derecho sino un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho. En suma cuando el interés humano se ve recogido y sometido a regulaciones por el derecho, se transforma en un bien jurídico.⁵³

En el secreto bancario aparecen dos intereses perfectamente definidos:

- El interés privado representado por lo que pretenden los clientes, así como por lo que pretenden las instituciones financieras.
- El interés público representado por lo que pretende el Estado.

En virtud de estos dos intereses, se puede manifestar que la razón de ser es la: seguridad. Para entender mejor el secreto bancario, es necesario indicar que a través de la seguridad se pretende brindar tranquilidad al cliente, mismo que obtiene que su vida económica se desarrolle con discreción, y las instituciones financieras puedan llegar a dar tal seguridad patrimonial; y, al mismo momento el Estado anhela el cumplimiento de estos elementos. Para esto el patrimonio debe entenderse en sentido amplio.

Además, la situación de seguridad patrimonial protegida por el secreto bancario debe ser justa. Partiendo de esto, el secreto bancario no es absoluto y admite excepciones, situaciones en las cuales puede ser develado.

⁵³ Enciclopedia Omeba.

En conclusión, el bien jurídico protegido que tutela el secreto bancario es la justa seguridad patrimonial.

3.2.- DEVELACION DEL SECRETO BANCARIO

La develación o en el caso de la legislación ecuatoriana donde se le da la denominación de “EXCEPCION”, es tomar como base que el sigilo es la norma y sólo en los casos específicamente enunciados por el legislador, el deber de guardar sigilo no rige.

La develación del secreto bancario es considerada como parte fundamental de la propia figura del secreto bancario.

“En íntima relación con la obligación de guardar discreción de los hechos relacionados con la operación bancaria, está el análisis de cuándo dicha información puede ser develada o dispensada, lo mismo que el examen de los casos en que la confidencia debe darse a conocer. Es decir, la obligación de discreción juega con la potestad de dispensarla y con la obligación de informar.”⁵⁴

En el aspecto del Secreto bancario que se identifica como la Develación se mezclan todos los elementos que intervienen en la forma del sigilo como se explico en el capítulo anterior, en posiciones múltiples pero siempre con los mismos elementos.

En la obligación de sigilo intervienen: el cliente, el banco, una autoridad vigilante de que las cosas permanezcan en secreto y un tercero impotente para cruzar la barrera. En la develación, salvo el caso de la autorización del cliente,

⁵⁴ BUENO RINCON, Fabio Enrique, El Secreto Bancario, Pág. 81.

intervienen: un cliente que ve frustrado su interés de ser protegido, por la develación sobre sus cosas íntimas: una autoridad que a su vez vigila lo contrario, o sea que se corra el velo, que se muestre la información, otra autoridad que presiona al Banco con toda la fuerza de que está investida, un Banco que se estremece entre su inercia ya natural al silencio y la orden de informar y, por último, un tercero esta vez apoyado por la ley imponiendo su interés jurídico por encima del interés del cliente, tan fuerte aquél que doblega a éste y que a su vez ha tenido tal fuerza que ha creado legislación y costumbre.

La develación no es ajurídica, no es ilegal, se produce en los marcos de referencia que han creado el secreto; no es arbitraria, ni caprichosa, se da en casos analizados y estudiados, promulgados en normas positivas vigentes con anterioridad a los hechos; no es débil, cuenta con todo el apoyo de la autoridad y está apoyada por normas sancionatorias que se establecen en la propia Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Es además, al igual que guardar el secreto, una obligación moral.

Llegando al fondo, la razón de ser de la Develación se produce al existir el choque y oposición de diversos intereses jurídicos. Contra la esfera personal e íntima de un sujeto se yerguen otros intereses, a veces del propio cliente que prefiere la publicidad al silencio; a veces de terceros que lo mismo pueden ser acreedores comunes que acreedores de alimentos, que acreedores laborales, que acreedores o autoridades que persiguen un delito o velan por los intereses públicos. Acreedores todos ellos que corren el riesgo de ver seriamente atropellados sus propios intereses al mantenerse ocultas algunas actividades o algunos bienes del cliente. **Kelsen** dijo que el derecho de una persona llega hasta donde empieza el derecho del otro, el Secreto Bancario es un claro ejemplo de ello.

La Develación se encuentra normada como el propio sigilo, es decir la existencia de la develación da vigor y validez al Secreto Bancario. Un sigilo

absoluto que jamás pudiera levantarse, o, un sistema en donde nada fuera discreto generaría fuertes injusticias y produciría desconfianza del público en el sistema bancario, como consecuencia lógica el retiro de depósitos y fuertes actitudes represivas de las autoridades.

El Secreto Bancario se ha mantenido firme a través del tiempo en las diferentes legislaciones como una institución jurídica, porque le es innata la develación, es decir, que su cabal observancia con lleva el fiel cumplimiento de las normas que obligan tanto a guardar silencio como a revelar información.

3.3.- CASOS EN QUE PROCEDE LA DEVELACION:

- **Ante el propio cliente.-** Como el cliente es el sujeto beneficiado con la reserva bancaria, y este al encontrarse seguramente motivado, por un interés superior a su interés de discreción, justo es que pueda permitir la revelación de la información secreta.

- **Cuando el cliente lo autoriza.-** Cuando el cliente de forma libre y voluntaria, decide que su información discreta sea entregada a terceros. En este caso, el cliente también tiene un interés que resulta superior a su interés de discreción, que es el protegido por el sigilo bancario.

- **Cuando hay representante legal.-** Puede haber representación legal, tanto de personas naturales o jurídicas; el tercero que trata con un representante, actúa como si se tratara directamente con el cliente.

El Código Civil Ecuatoriano define a la representación legal de una persona natural en el Art. 28 y la representación legal de las personas jurídicas en el Art. 570.

La doctrina ha elaborado diferentes tesis, dentro de una de ellas da dos razones el por qué incluir al representante entre los casos de develación, en

lugar de tratarlo con el caso del cliente mismo. La primera, porque la de revelación forma parte consubstancial de la figura secreto bancario y no una excepción al mismo y la segunda, porque presenta la posibilidad de que una persona diversa del cliente tenga conocimiento de las operaciones de éste.

La finalidad de este principio es que el cliente desea que a su representante se le dé el trato que a él se le daría.

Si alguien conoce el estado que guardan las operaciones bancarias del cliente es, a no dudarlo, solo un acto de administración, más no un acto de dominio, la definición que **Guillermo Cabanellas** le da al mandato es un contrato consensual por el cual una de las partes, llamada mandante, confía su representación, el desempeño de un servicio a la gestión de un negocio, a otra persona, el mandamiento, que acepta el encargo.

En el Ecuador para la aplicación del mandato se observará estrictamente las disposiciones del Título XXVII del Código Civil.

- **Cónyuge del cliente.**- En este caso, la doctrina distingue dos situaciones según el régimen matrimonial a que están sometidos los cónyuges.

Cuando se trata de una comunidad legal con bases societarias sociedad conyugal, se entiende que no puede haber secreto entre dos cónyuges por la misma comunidad de interés.

Si se han casado bajo un régimen de separación de bienes o si, después, han llegado a una división de ellos, en tales casos la independencia de patrimonios obliga a considerar con referencia a cada uno de ellos la obligación del secreto.

- **Información general a otras instituciones financieras.-** El intercambio de datos confidenciales entre instituciones financieras, es una actividad necesaria para el normal y eficaz funcionamiento de un sistema financiero, la develación en este caso más que un deber es una sana práctica bancaria con la que se pretende resguardar a las instituciones financieras del abuso y mala fe de clientes de conocida insolvencia en el resto de instituciones bancarias. Este intercambio de información, respecto del comportamiento de un cliente con fines de evaluación de crédito, el banquero se enfrenta al conflicto de dos deberes: El del secreto bancario y el de auxiliar a sus colegas. La discreción que debe existir entre las entidades debe ser la máxima, a fin de evitar consecuencias dañosas por la información suministrada, sin que aquello implique la facultad de revelar transacciones individualizada, de acuerdo al Art. 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Además para prestar servicios de información de crédito a las instituciones financieras debe establecerse la Central de Riesgos o Buró de Crédito, según lo previsto en los Arts. 95, 96 y 97 de la L.G.I.S.F.

- **Para efectos Tributarios.-** En este campo es donde más se aprecia el enfrentamiento del interés general con el particular. Ya que uno de los principales deberes que tiene todo ciudadano hacia el Estado es el cumplimiento de las obligaciones tributarias, para que este pueda cumplir con sus fines.

El cliente de una institución bancaria espera de ésta la mayor discreción en sus operaciones, pero además exige un secreto especial frente a determinados terceros, y de la otra, aparece la administración tributaria que en ejercicio de su potestad y con el propósito de exigir el pago correcto y completo de los impuestos, busca un dato verídico que forma parte del patrimonio del contribuyente.

- **Frente a la Función Judicial.-** Estudiaremos esta entidad desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales que conforman la Función

Judicial y que son los encargados de administrar justicia, acorde a lo que determina el del Art. 178 de la Constitución de la República del Ecuador, tenemos que la Corte Nacional de Justicia, Las Cortes provinciales de justicia, Los Tribunales y Juzgados que establezca la ley; y, Los Juzgados de paz. Son los órganos a los cuales se refiere el literal a) del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

La citada Ley en el Art. 88, prohíbe a las instituciones financieras receptoras de los depósitos y captaciones de cualquier índole, a sus administradores, funcionarios y empleados, proporcionar información relativa a dichas operaciones, a menos que se trate del titular de la cuenta o quien lo represente legalmente.

Existe prohibición expresa para los funcionarios y empleados de la Superintendencia de Bancos, de la misma forma para la institución examinada o persona que actué por ella, respecto de los informes de inspección y análisis que se emitan en ejercicio de las funciones de control y vigilancia, salvo el caso previsto en el Art. 93 de la misma ley.

Por excepción, la Superintendencia de Bancos y las instituciones del sistema financiero privado deben conferir los informes y pruebas requeridos por los jueces, en las causas que estuviesen conociendo, **(Art. 91LGISF)**. Nótese que el **literal a)** de la norma citada se refiere a los informes y pruebas en general, sin que pueda la institución de control alegar que se trata de otra clase de informes que no sean los de inspección y análisis, pues, donde la ley no distingue, no es lícito hacer distinciones al intérprete.

Si bien hay que cuidar con mucho celo la institución del sigilo y reserva bancaria, ésta no puede ser tomada como un obstáculo para la correcta administración de justicia, tanto, más que los jueces tienen plenas facultades para recabar de oficio o a petición de parte información directa de las instituciones financieras, por así disponerlo el **literal a) del Art. 91** en estudio.

Inclusive, pueden los jueces disponer que sean exhibidos los libros de comercio, en ejercicio de la facultad conferida por el Art. 55 del Código de Comercio.

Únicamente podrá requerirse la información a la Superintendencia de Bancos, cuando en el proceso no exista constancia de la o las instituciones financieras que tengan relación con la causa que se investiga.

La violación al sigilo y reserva bancaria acarrea las sanciones civiles y penales previstas en el **Art. 94 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero**, esto es, la posibilidad de reclamar las indemnizaciones que corresponden a daños causados por la violación y la prisión correccional de uno o cinco años.

- Frente al Ministerio Público.- Son aplicables las mismas normas pero más concretamente la del **Art. 91 literal a) y Art. 93** de la ley de la materia.

Es cierto que la Fiscalía General del Estado no es juez y consecuentemente es un órgano autónomo de la Función Judicial como lo determina el Art. 178 de la Constitución en concordancia al Art. 194 de la Constitución, y por disposición expresa del Art. 2 literales b) y c) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, le corresponde al Ministerio Fiscal intervenir como parte en los juicios penales de acción pública de instancia oficial, deberes y atribuciones que se ejerce a través del Ministro Fiscal General, de los ministros fiscales de distrito y los agentes fiscales, que tendrán las competencias de ley.

La Superintendencia de Bancos no puede violar la obligación de guardar sigilo y reserva bancaria, pero conferirá información exclusivamente cuando se trate de las excepciones expresas previstas en la ley, pues la figura jurídica no puede ser utilizada para el encubrimiento de actividades ilícitas o delictivas, ya que aquellas deben ser puestas en conocimiento del Fiscal General del

Estado, a fin de que proceda a ejercer inmediatamente las acciones legales correspondientes, en un término de cinco días, el representante del Ministerio Público funcionario público no queda sometido al sigilo bancario, con la salvedad que éste quedará sometido a los mismos hasta tanto utilice la información obtenida en el juicio correspondiente. **(Art. 93 LGISF).**

Los requerimientos judiciales de develación suponen las garantías del debido proceso y la decisión del juez competente adoptado luego de una valoración de las normas y de los intereses jurídicamente protegidos.

- Frente a la Superintendencia de Bancos.- como lo determina el Art. 213 de la Constitución y en razón de la información originada en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, le corresponde, en términos generales como estipula el **Art. 89 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero**, obliga a las Instituciones del Sistema Financiero a proporcionar la información sobre las operaciones que determinadas por ésta, por su naturaleza y monto requieran un informe especial, a su vez, permite a la Superintendencia proporcionar la información relativa a operaciones que realiza el sistema financiero, siempre y cuando ésta sea solicitada por autoridades que, por disposición legal expresa, previa determinación sobre su causa y fines, puedan requerirla, quienes también estarán sujetas al sigilo bancario hasta que se utilice la información en los fines para los cuales se la requirió.

Consecuentemente, si se presenta una situación de éstas, habrá que analizar primeramente de que autoridad proviene el pedido y si esta está o no autorizada por la ley a hacerlo. En todo caso, para estos supuestos, la Superintendencia de Bancos observará estrictamente las disposiciones del Capítulo III de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

En efecto, la información que hallándose sujeta a sigilo bancario por disposición expresa de la ley de la materia, deba ser proporcionada a otras

autoridades que puedan requerir asimismo por disposición legal expresa, estas autoridades quedarán sujetas al sigilo bancario hasta que se utilice la información en los fines para los cuales se la requirió. Igualmente quedan sujetos a sigilo bancario los informes de inspección y análisis emitidos por los funcionarios y empleados de la Superintendencia de Bancos los cuales no podrán divulgarse a terceros en todo ni en parte, por la Superintendencia, ni por la institución examinada, ni por ninguna persona que actué por ellos, salvo que en tratándose de la perpetración de un delito, estén obligados a llevar a conocimiento del Fiscal General del Estado, quien quedará sometido a reserva bancaria hasta tanto utilice la información obtenida en el juicio correspondiente **(artículos 90 y 93 LGISF)**.

La contravención a estas normas por parte de todo funcionario público y toda persona natural o jurídica, acarreará las sanciones civiles y penales previstas en el **Art. 94**, esto es, prisión correccional de uno a cinco años e indemnización que comprendan por los daños que causen las violaciones al sigilo y reserva bancaria.

- **Frente a la Contraloría General del Estado.**- En cuanto a la función de control que ejerce la Contraloría General del Estado en las Instituciones del Estado, previstas en el **Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador**; y que directamente o indirectamente se relacionan con entidades sujetas a control de la Superintendencia de Bancos, ésta actuará siempre apegada a la ley y sólo proporcionará información sujeta a sigilo bancario si el asunto que se investiga lleva a ventilarse ante los jueces competentes y sólo a pedido exclusivo de éstos.

- **Frente a la Superintendencia de Compañías.**- Dentro de las excepciones previstas en el **Art. 91 literal c) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero**, constan los informes requeridos por la Superintendencia de Compañías en el ámbito de su competencia, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos, disposición que

concuera con el **Art. 197 de la propia ley** que permite al Superintendente de Compañías solicitar al Superintendente de Bancos que le proporcione datos o informes relacionados con cualquier institución sujeta a su vigilancia y control, especificando en la solicitud las causas que la motivan.

Además de estas excepciones, se contempla también en el **Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en concordancia al Art. 38 del Reglamento General a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero**, que son las siguientes:

a) (Reformado por la disposición reformativa primera de la Ley 2001-55, R.O. 465-S, 30-XI-2001) Los informes y pruebas requeridos por los jueces y el Ministerio Público a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, y a las instituciones del sistema financiero privado, en las causas que estuviesen conociendo. A la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, solamente podrá requerirse dicha información, cuando no exista en el proceso constancia de la o las instituciones financieras que tengan relación con la causa que se investiga;

b) La especificación del titular de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin provisión de fondos;

c) (Reformado por la disposición reformativa primera de la Ley 2001-55, R.O. 465-S, 30-XI-2001). Los informes requeridos por el Directorio del Banco Central del Ecuador, el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Compañías y la administración tributaria, en el ámbito de sus competencias, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia;

d) (Reformado por la disposición reformativa primera de la Ley 2001-55, R.O. 465-S, 30-XI-2001). Los informes requeridos a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, por gobiernos o por

autoridades competentes de los países con los que el Ecuador mantenga convenios legítimamente celebrados para combatir la delincuencia y en los términos de dichos convenios;

e) Las informaciones financieras que constituyan intercambio con autoridades de control bancario y financiero de otros países, siempre que existan convenios vigentes legítimamente celebrados;

f) La información que debe entregar la Superintendencia para dar a conocer al público la situación patrimonial y financiera de las instituciones del sistema financiero; y,

g) (Sustituido por la Ley 2005-12, R.O. 127, 18-X-2005) Cuando la información sea requerida a las instituciones del sistema financiero y del sistema asegurador, bajo control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, por el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas CONSEP, o por el Director General de la Unidad de Inteligencia Financiera, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Cuando una institución del sistema financiero o una institución del sistema asegurador se halle incurso en un proceso de reestructuración, saneamiento o liquidación, los informes previstos en el artículo 90 se harán público.

CAPITULO IV

4. DERECHO COMPARADO

4.1.- LEGISLACION ECUATORIANA

La actividad bancaria o de intermediación financiera en el Ecuador se encuentra regulada primordialmente por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 12 de mayo de 1994, debido a que este cuerpo legal fue objeto de varias Reformas se lo codificó, la codificación fue publicada en el Registro Oficial No. 250 de 23 de enero del 2001, **hasta llegar a su última reforma donde se ha determinado la necesidad de reformar el marco legal para posibilitar la creación de la Red de Seguridad Financiera, con el fin de crear estabilidad y solidez del sistema financiero, por cuanto constituye un objetivo de interés público, ley que fue publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre del 2008.**

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ha sido reglamentada mediante Decreto Ejecutivo No. 1852 publicado en el Registro Oficial No. 475 de 4 de julio de 1994.

En virtud de la facultad que le otorga la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en el literal b del Art. 175, la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Junta Bancaria dictan resoluciones con carácter obligatorio para las Instituciones del Sistema Financiero Privado.

El organismo de supervisión bancaria en Ecuador es la Superintendencia de Bancos y Seguros.

La Superintendencia es organismo técnico de derecho público y con personería jurídica, con autonomía administrativa, económica y financiera, está dirigida y representada por el Superintendente de Bancos y Seguros. Tiene a su cargo la vigilancia y el control de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las compañías de seguros y reaseguros.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, tiene una Junta Bancaria integrada por cinco miembros, ésta tiene entre sus atribuciones el formular la política de control y supervisión del sistema financiero.

El Superintendente de Bancos y Seguros dura cuatro años en el ejercicio de sus funciones y los miembros de la Junta Bancaria seis años.

El Banco Central del Ecuador siendo parte del sistema financiero se rige por su propia ley, la Ley de Régimen Monetario y su Directorio tiene facultad para expedir Regulaciones.

Cabe aclarar que desde que el Ecuador adoptó la dolarización, el Banco Central del Ecuador ha dejado de ser prestamista de última instancia; para efectos bancarios únicamente es custodio del encaje bancario y eje del Sistema Nacional de Pagos, los bancos privados son sus corresponsales para efectos de autorizaciones en determinadas transacciones de comercio exterior.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, señala las normas que rigen el secreto bancario en el Ecuador **desde el Art. 88 y siguientes:**

- Los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en las instituciones del sistema financiero, estarán sujetos a sigilo bancario, por lo cual las instituciones financieras receptoras de los depósitos y captaciones, sus administradores, funcionarios y empleados no podrán proporcionar información

relativa a dichas operaciones sino a su titular o a quien lo represente legalmente.

- Las operaciones activas y contingentes de las instituciones financieras no están sujetas a reserva. El sigilo solo es aplicable a las operaciones pasivas. Para este efecto se entenderá por operaciones activas los bienes y derechos de propiedad de la entidad, susceptibles de ser cuantificados objetivamente, definidas en el Catálogo Único de Cuentas, entre las cuales se incluyen a los créditos concedidos en cualquiera de sus formas, sean estas: sobre firmas, con garantía prendaria, hipotecaria. Por operaciones contingentes se entenderá a las condiciones o situaciones presentes que implican varios grados de incertidumbre y pueden a través de un hecho futuro resultar en la pérdida de un activo o que se incurra en un pasivo, tales como las cartas de crédito de cualquier tipo, avales, fianzas, los contingentes de cualquier especie o bajo cualquier condición y en general cualquier operación que pueda significar, de presente o de futuro, un derecho o una obligación de la institución financiera.

Tampoco habrá reserva respecto a la forma de extinción total o parcial de las operaciones activas por lo que podrán hacerse públicas las daciones de pago y sus términos, las compensaciones, las condonaciones y las prescripciones.

- No es posible invocar el sigilo bancario en los siguientes casos:
 - a) Los informes y pruebas requeridos por los jueces y el Ministerio Público a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, y a las instituciones del sistema financiero privado, en las causas que estuviesen conociendo. A la Superintendencia de

Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, solamente podrá requerirse dicha información, cuando no exista en el proceso constancia de la o las instituciones financieras que tengan relación con la causa que se investiga;

- b)** La especificación del titular de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin provisión de fondos;
- c)** Los informes requeridos por el Directorio del Banco Central del Ecuador, el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Compañías y la administración tributaria, en el ámbito de sus competencias, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia;
- d)** Los informes requeridos a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, por gobiernos o por autoridades competentes de los países con los que el Ecuador mantenga convenios legítimamente celebrados para combatir la delincuencia y en los términos de dichos convenios;
- e)** Las informaciones financieras que constituyan intercambio con autoridades de control bancario y financiero de otros países, siempre que existan convenios vigentes legítimamente celebrados;
- f)** La información que debe entregar la Superintendencia para dar a conocer al público la situación patrimonial y financiera de las instituciones del sistema financiero; y,
- g)** Cuando la información sea requerida a las instituciones financieras, bajo control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, por el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP, en el ámbito de su competencia. “o por el Director del UIF”.

- La violación al sigilo bancario es un delito que se sanciona con uno a cinco años de prisión correccional.

4.-2.- LEGISLACION PERUANA

La regulación bancaria peruana está reglamentada por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702).

La entidad encargada de la supervisión bancaria en el Perú es la Superintendencia de Banca Seguros y AFP. La Superintendencia es una institución de derecho público cuya autonomía funcional está reconocida por la Constitución Política del Perú. Sus objetivos, funciones y atribuciones están establecidos en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

De acuerdo a la legislación peruana existe una prohibición a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que exista autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 143 de la ley 26702.

También es importante señalar que se encuentran obligados a observar el secreto bancario:

1. El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de la información respecto a los titulares de cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos.
2. Los directores y trabajadores del Banco Central de Reserva del Perú.

3. Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

No rige esta norma tratándose de los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, a que se refiere la Sección Quinta de la Ley antes citada, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos a la Unidad de Inteligencia Financiera.

No incurrir en responsabilidad legal, la empresa y/o sus trabajadores que, en cumplimiento de la obligación contenida en el presente artículo, hagan de conocimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera, movimientos o transacciones sospechosas que, por su naturaleza, puedan ocultar operaciones de lavado de dinero o de activos. La autoridad correspondiente inicia las investigaciones necesarias y, en ningún caso, dicha comunicación puede ser fundamento para la interposición de acciones civiles, penales e indemnizatorias contra la empresa y/o sus funcionarios.

Tampoco incurrir en responsabilidad quienes se abstengan de proporcionar información sujeta al secreto bancario a personas distintas a las referidas en el artículo 143 de la ley 26702. Las autoridades que persistan en requerirla quedan incurso en el delito de abuso de autoridad tipificado en el artículo 376 del Código Penal.

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

El secreto bancario no impide el suministro de información de carácter global, particularmente en los siguientes casos:

1. Cuando sea proporcionada por la Superintendencia al Banco Central y a las empresas del sistema financiero para:

I. Usos estadísticos.

II. La formulación de la política monetaria y su seguimiento.

2. Cuando se suministre a bancos e instituciones financieras del exterior con los que se mantenga corresponsalía o que estén interesados en establecer una relación de esa naturaleza.

3. Cuando la soliciten las sociedades de auditoría a que se refiere el numeral 1 del artículo 134 o firmas especializadas en la clasificación de riesgo.

4. Cuando lo requieran personas interesadas en la adquisición de no menos del treinta por ciento (30%) del capital accionario de la empresa.

No constituye violación del secreto bancario, la divulgación de información sobre las sumas recibidas de los distintos clientes para fines de liquidación de la empresa.

El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por las siguientes autoridades:

1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.

2. El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.

3. El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.

4. El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

5. El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

En los casos de los numerales 2, 3 y 4, el pedido de información se canaliza a través de la Superintendencia. Quienes accedan a información secreta en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, están obligados a mantenerla con dicho carácter en tanto ésta no resulte incompatible con el interés público.

4.3.- LEGISLACION ARGENTINA

El Marco Legal del Sistema Financiero Argentino se encuentra compuesto principalmente por las siguientes normas, es importante mencionar que con sus correspondientes normas modificatorias y reglamentarias:

I.- CARTA ORGANICA DEL BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

II.- LEY NRO. 21.526 DE ENTIDADES FINANCIERAS

III.- LEY NRO. 18.924 DE ENTIDADES CAMBIARIAS

V.- LEY NRO. 25.326 DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES

- VI.- LEY NRO. 23.928 DE CONVERTIBILIDAD
- IX.- LEY NRO. 25.561 DE EMERGENCIA PUBLICA Y REFORMA DEL REGIMEN CAMBIARIO
- X.- LEY NRO. 25.246 DE ENCUBRIMIENTO Y LAVADO DE ACTIVOS
- XII.- LEY NRO. 25.466 DE INTANGIBILIDAD DE LOS DEPOSITOS
- XVII.- DECRETO 1570/2001 DE OPERATORIA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS
- XVIII.- DECRETO 480/95 DE REGIMEN PENAL CAMBIARIO
- XX.- LEY NRO. 24.485 DE SISTEMA DE SEGURO DE GARANTIA DE LOS DEPOSITOS BANCARIOS

El organismo de supervisión bancaria en la República Argentina es la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias que es un órgano desconcentrado, que resulta un sistema atípico, inferior en su rango de independencia a un organismo autárquico. La superintendencia, tiene facultades que le son propias, es decir, que puede ejercer sin necesidad de requerimiento o autorización previa, y otras que le son derivadas, en las cuales se plantea la necesidad de la consulta o la autorización por parte del Banco Central de la República Argentina.

El Secreto Bancario se encuentra regulado en la República Argentina por la Ley N° 21.526 del año 1977. La citada norma contempla al secreto Bancario en su Título V, artículos 39 y 40.

Transcribimos a continuación los artículos mencionados.

TITULO V

SECRETO

ARTICULO 39. — Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen.

Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran:

a) Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas;

b) El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones;

c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales sobre la base de las siguientes condiciones:

- Debe referirse a un responsable determinado;
- Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y
- Debe haber sido requerido formal y previamente.

Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso.

d) Las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del Banco Central de la República Argentina.

El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que lleguen a su conocimiento.

ARTICULO 40. — Las informaciones que el Banco Central de la República Argentina reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas a operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial. El personal del Banco Central de la República Argentina, o de auditorías externas que éste contrate para cumplir sus funciones, deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento. Los profesionales intervinientes en dichas auditorías externas quedarán sujetos a las disposiciones de los artículos 41 y 42 de la presente ley.

Las informaciones que publique o exija hacer públicas el Banco Central de la República Argentina, sobre las entidades comprendidas en esta ley, mostrarán los diferentes rubros que, para las operaciones pasivas, como

máximo podrán contener la discriminación del Balance General y cuenta de resultados mencionados en el artículo 36.

4.4.- LEGISLACION CHILENA

La legislación en Chile se encuentra regulada por la Ley General de Bancos, cuyo texto refundido fue fijado por el D.F.L. N° 3 publicado en el Diario Oficial de fecha 19.12.971.

La actividad bancaria en Chile está básicamente supervisada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) que es una institución pública, autónoma, cuyo estatuto se encuentra en el Título I de la Ley General de Bancos.

El jefe superior de la SBIF es el Superintendente, quien es nombrado por el Presidente de la República.

El mandato que le impone la Ley General de Bancos a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), es supervisar las empresas bancarias y otras instituciones financieras, en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público, para lo cual le otorga amplias atribuciones.

De esta forma, el Art. 12 de la Ley General de Bancos dispone lo siguiente:

Corresponderá al Superintendente velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, y ejercer la más amplia fiscalización sobre sus operaciones y negocios.

La facultad de fiscalizar comprende también las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas.

Para los efectos indicados, podrá examinar sin restricción alguna y por los medios que estime del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de dichas instituciones y requerir de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos y en general cualquier otro punto que convenga esclarecer.

Podrá, asimismo, impartirles instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público.

El Secreto Bancario en Chile se encuentra regulado por el Art.154 de la Ley General de Bancos en los siguientes términos:

Artículo 154.- Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas

operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos.

En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.

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, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario.

Es posible llegar a distinguir entre los depósitos y captaciones, los cuales están sujetos a un secreto estricto, y las demás operaciones, respecto de las cuales rige solamente un deber de reserva, pudiendo ser dadas a conocer a terceros que demuestren un interés legítimo, en la medida que su conocimiento no pueda ocasionar daño patrimonial al cliente

Por su parte, la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (DFL N° 707 de 21.7.828) contiene normas especiales en materia del deber de reserva respecto de las cuentas corrientes bancarias y de sus movimientos.

Estas normas se contienen en el Art. 1 inciso 2° de la Ley referida, que determina lo siguiente:

El Banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quién éste haya facultado expresamente.

No obstante, los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador.

Con todo, en las causas criminales seguidas contra empleados públicos procesados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, el juez podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de su cuenta corriente y de los respectivos saldos.

Debe hacerse presente que la Ley 19.913 (Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos publicada en el Diario Oficial de 18 de Diciembre de 2003¹⁰) establece una importante limitación a las normas sobre secreto y reserva antes comentados, ya que dispone que las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o de cualquier otra índole sobre secreto o reserva de determinadas operaciones o actividades no impedirá el cumplimiento de la obligación de informar las operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero.

Lo anterior es también aplicable si la Unidad de Análisis Financiero solicita la entrega o exhibición de los antecedentes que el informante tuvo en consideración al reportar la operación sospechosa.

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES EL SIGILO, RESERVA BANCARIA y EL HABEAS DATA EN EL ECUADOR.

5.1. CONCLUSIONES

1.- La figura del Sigilo Bancario y la Garantía Constitucional del Hábeas Data, a la vez pueden contraponerse, pero es algo cierto, que las dos figuras coinciden en tener el efecto de impedir el acceso de determinada información, por parte de las personas. Esto, es la INFORMACION RESERVADA.

2.- También se percibe, a primera vista, al comparar estas dos figuras, que existe una contraposición entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho humano reconocido en nuestro país desde la Constitución de 1967.

3.- Continuando, podemos observar que de manera general, a la posibilidad de tener acceso, de una u otra forma, a determinada información, cuestión que tiene muchas incidencias en una diversidad de situaciones sociales y jurídicas. En él están inmersos desde la lucha contra la corrupción, vinculada con la necesaria transparencia que se tiene que exigir en el accionar público y en algunos casos también en el ámbito privado, hasta la protección del ser íntimo de los individuos, tan característico de la condición humana.

4.- Todo esto nos lleva a considerar que si bien es cierto que el interés de la sociedad es primordial y, por ende, del Estado, puede dirigirse justificadamente, a veces, a la esfera personal o familiar, en casos tan diversos como la violencia doméstica o las actividades comerciales que interesan al fisco; en general, la vida privada no puede ser objeto de legítimo interés público y menos quedar expuesta al conocimiento público. Habitualmente, el derecho a la intimidad ha sido considerado como la facultad de excluir la esfera personal,

íntima, cercana, del conocimiento de la generalidad personal. Pero hoy en día con los adelantos tecnológicos que permiten un manejo automatizado de la información, generan la posibilidad de que ésta sea integrada y distribuida de manera que cualquier persona tenga la opción de formar un perfil completo de un individuo a partir de la información que sobre él se encuentra registrada. Esta situación, cambia totalmente la esencia, logrando una redefinición del derecho a la intimidad, que se proyecta en la garantía del Hábeas Data, y se explicita en la facultad de una persona de controlar los registros sobre si, actualizarlos, rectificarlos, anulando o eliminando sobre determinada información. Tratándose de la información registrada el derecho a la intimidad pasa entonces, de negativo a positivo; es decir, de ser una facultad excluyente, a convertirse en un derecho de control.

5.- La garantía constitucional no afecta a la información reservada. Lo que si cambia su procedimiento de investigación, control y supervisión.

6.- Una vez que se ha realizado el estudio de la relación de estas dos figuras, es conveniente destacar que El Sigilo Bancario en nuestra legislación, es un tema que ha tenido reconocimiento constitucional y legal. Esto se debe a que el en el numeral veinte y veintiuno del artículo 66 Capítulo sexto, Derechos de libertad de la Constitución de la República del Ecuador, protege la intimidad de las personas y reconoce la inviolabilidad de los documentos privados, garantía donde se encuentra el sigilo bancario. Además se hizo imperativa su consagración legal en una norma positiva como es la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero a través de los Art. 88 al 94, donde tipifica en forma clara y precisa lo referente al sigilo bancario dentro de la legislación ecuatoriana. Por otro lado está, la Superintendencia de Bancos y Seguros, que es un organismo técnico y autónomo encargado de vigilar y controlar las actividades de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las compañías de seguros y reaseguros, con lo cual, en forma indirecta, esta protege esta actividad desde el ángulo del Derecho Público.

7.- El Sigilo Bancario es un derecho al cual nos acogemos todos los ciudadanos en el Ecuador, porque esta figura tutela uno de los derechos más preciados de los depositantes e inversionistas que es, el derecho a la privacidad en su sentido riguroso. Tanto es así que si estos supieran que el banco no cumple con esta obligación, difícilmente los capitales fluirían a sus cajas, teniendo como resultado un quebrantamiento y perjuicio la economía nacional. En la actualidad la globalización, exige al máximo a las Instituciones Financieras el acatamiento al sigilo bancario, por cuanto la movilización de los capitales de los capitales nacionales y extranjeros así lo exige, por una seguridad irrecusable. Además es una obligación de confidencialidad que el Banco ofrece y el Estado debe de proteger esta garantía. Por lo que el Sigilo Bancario refuerza la confianza del público en las entidades financieras y a su vez constituye un estímulo y atracción para el ingreso de capitales al país. Por lo que busca el Sigilo Bancario, en primer lugar, proteger el derecho a la intimidad económica de los clientes; y, en segundo lugar, la confiabilidad de los clientes en las Instituciones del Sistema Financiero.

8.- Por cuestiones de mercado la reserva bancaria busca precautelar el interés privado de las instituciones financieras, ya que la competencia no tiene por que saber cuál es su situación económica y los movimientos de sus clientes. Esto tiene un efecto de carácter público y social por que logra que el sistema financiero mantenga una estabilidad económica y un funcionamiento normal.

9.- Los Bancos en el Ecuador se encuentran sujetos a la Ley General de Instituciones Financieras, misma que regula la figura del Sigilo Bancario y al buen funcionamiento de sus deberes frente a sus clientes. Lo que ha permitido que exista confianza de sus clientes para ejecutar sus operaciones tanto pasivas como activas.

10.- En cuanto a la develación del sigilo bancario nos encontramos en un sistema legal que considera al Secreto Bancario como la regla; y las

excepciones se encuentran expresamente estipuladas de forma clara y precisa en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Lo que permite saber con exactitud qué información puede ser develada, aun que no existe un reglamento, una circular o un procedimiento establecido por parte de La Superintendencia de Bancos y Seguros, donde se establezca los procedimientos a seguirse en situaciones que haya una razón de derecho que lo justifique para su develación. Este vacío ha llevado a que cada Institución sujeta a Sigilo Bancario tenga sus propias medidas administrativas internas con la finalidad de controlar las operaciones de sus clientes.

11.- El incumplimiento de las disposiciones sobre reserva y sigilo bancario, será reprimido con una pena de prisión correccional de uno a cinco años. Se podrán reclamar a los tribunales de justicia las indemnizaciones que correspondan por los daños que causen estas violaciones.

12.- El objetivo real y actual del Sigilo Bancario es la garantía de protección, tranquilidad, estabilidad y seguridad entre las instituciones bancarias y sus clientes.

13.- La principal barrera fue la limitación de bibliografía y las escasas personas especializadas en el tema del Sigilo Bancario, lo que demuestra el poco conocimiento y la poca importancia que se le da a esta figura jurídica.

5.2. RECOMENDACIONES

1.- El Capítulo III de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero debería contar con un reglamento específico, con el fin de llenar los vacíos legales que tiene la presente figura del Sigilo Bancario. Por lo que es necesario que se dicten normas claras que ayuden a subsanar este problema.

2.- Además es necesario que nuestros Legisladores promuevan leyes que guarden armonía con el Sigilo Bancario, ya que esta figura al estar bien

BIBLIOGRAFIA

1. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.
2. BUENO RINCON, Fabio Enrique. El Secreto Bancario. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogota-Colombia.1996. 135 p.p.
3. PALADINES SALVADOR, Lenin. Legislación Monetaria y Bancaria, Edición 2003. Loja-Ecuador. 2003. 229 p.p.
4. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.
5. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Décimo Sexta Edición. Editorial S.R.L. Buenos Aires. 1981.
6. JIMENEZ SANDOVAL, Humberto. Derecho bancario. EUNED. 1986. 330p.p.
7. VILLEGAS, Carlos Gilberto. Régimen Legal de Bancos, Ediciones Desalma, 1980. 291p.p.
8. MURATI, Natalio. Elementos de ciencia y Técnicas Bancarias, Segunda Edición, Edición El Eteneo, 1945. 318p.p.
9. CAZORLA PRIETO, Luis María. Moneda y Crédito. España. 1979. 145p.p.
10. MORA ROJAS, Fernando. Secreto Bancario y Narcotráfico, Revista de la Federación Latinoamericana de Bancos, Bogotá, No. 69, Septiembre de 1988. 371p.p.
11. DE LA ESPRIELLA OSSIO, Alfonso. El Secreto Bancario, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979. 174p.p.

10. Compendio Jurídico y práctico de la actividad Bancaria. T. I., Buenos Aires, 1989. 303p.p.
11. MALAGARRIGA, Juan Carlos. El secreto bancario. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1976. 160p.p.
12. VERGARA BLANCO, Alejandro. El secreto bancario. Editorial Jurídica de Chile. 1990. 226p.p.
13. PINTO LAVIN, Juan, Secreto bancario. Régimen legal. Edición Jurídica Chile. 1981. 211p.p.
14. SALMON ALVEAR, Carlos, Nociones Acerca del Hábeas Data en el Ecuador. Guayaquil-Ecuador. 2008. 107p.p.
15. LOBOS FUENTE, Rodrigo Pablo. CONSIDERACIONES SOBRE EL SECRETO BANCARIO EN CHILE Y SUIZA. 103p.p.
16. MEJAN C, Luís Manuel. El Secreto Bancario. Editorial Federación Latinoamericana de Bancos. México. 1984. 217p.p.
17. PUCCINELLI, Oscar. Habeas Data en Indoiberoamérica. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1999. 218p.p.
18. GUERRA PEREZ, *Walter D.*, HÁBEAS DATA, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. 135p.p.
19. CODIGO DE COMERCIO ECUATORIANO.
20. CODIGO PENAL ECUATORIANO.
21. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. DRISRILL S.A. Buenos Aires.1981.

22. CODIGO CIVIL ECUATORIANO.