

3 de diciembre de 1991

Señor  
Ernesto A. Boyd S.  
Director Ejecutivo de la  
Comisión Bancaria Nacional.  
E. S. D.

Señor Director:

En atención a su Nota CBN-DE-931-91, fechada 16 de octubre de 1991, por medio de la cual eleva consulta a este Despacho, en el sentido de que externemos nuestra opinión con el fin de aclarar lo siguiente: "Si el criterio contenido en el Memorandum de Entendimiento, y el Memorandum mismo, infringen de alguna manera el artículo 74 del Decreto de Gabinete No.238 de 2 de julio de 1970 que prohíbe a la Comisión revelar -de oficio- a cualquier persona o autoridad las informaciones obtenidas en el curso de sus funciones, o, si por el contrario, su aplicación debe preferirse a la del citado Artículo 74."

Atendiendo a lo expuesto pasamos a señalar nuestro criterio.

Tenemos que el artículo 74 del Decreto de Gabinete No.238 de 1970 es una de las normas que contiene lo que se conoce como "Secreto Bancario", el cual a la letra señala:

"Artículo 74: Se prohíbe a la Comisión realizar u ordenar investigaciones acerca de los asuntos particulares de ningún cliente de un Banco. Las informaciones obtenidas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones no podrán ser reveladas a ninguna persona o autoridad, salvo si le fuere exigidas judicialmente conforme a las disposiciones legales vigentes o fueren datos consolidados con cifras globales. La violación de este precepto será sancionada de acuerdo con lo señalado en el artículo 101 de este Decreto de Gabinete."

La ley Nº.18 de enero de 1959, que regula las cuentas bancarias cifradas, respalda también la figura del secreto bancario, al señalar en los artículos 59 y 60 lo siguiente:

"Artículo 59: Las informaciones sobre cuentas corrientes bancarias cifradas a que se refiere el artículo anterior, sólo podrán ser reveladas por los gerentes y demás empleados de las instituciones bancarias, a los funcionarios de instrucción, jueces y magistrados que conozcan de procesos criminales, quienes deberán mantener la información en estricta reserva dado el caso de que ésta no sea conducente a esclarecer los hechos punibles que se investigan.

"Artículo 60: Los gerentes, oficiales y demás funcionarios de las empresas bancarias que operan cuentas bancarias cifradas, se harán acreedores de las sanciones que establece el artículo 49 de la presente Ley, aún en los casos en que divulguen informaciones sobre dichas cuentas a funcionarios o empleados del Órgano Legislativo, del Órgano Ejecutivo, del Ministerio de Hacienda y Tesoro, de las Instituciones Autónomas del Estado, de la Contraloría General de la República, o del Órgano Judicial, salvo las excepciones relativas a procesos criminales contemplados en el artículo anterior."

Observemos que de las disposiciones transcritas, el secreto bancario es franqueable cuando existe un proceso criminal instaurado contra el propietario de la cuenta, información que deberá ser requerida conforme a las disposiciones legales.

Debemos tener presente que el Memorandum de Entendimiento suscrito por el Presidente de la Comisión Bancaria Nacional y el Procurador General de la Nación, recoge el criterio de ambos en cuanto a la interpretación del Decreto de Gabinete Nº.41 de 13 de febrero de 1990, referente a la prevención de operaciones en bancos con fondos provenientes de actividades relacionadas con drogas, el cual no tiene fuerza legal, por

tanto prevalecen las disposiciones contenidas en el Decreto de Gabinete Nº.238 de 1970, referentes al secreto bancario, hasta tanto no sean modificadas o derogadas por una norma de igual o mayor jerarquía.

Cuando señalamos que el Memorandum de Entendimiento no es de forzoso cumplimiento, por carecer de fuerza legal, no significa que los Bancos amparándose en el secreto bancario no suministren las informaciones que le requieran los funcionarios judiciales, toda vez que la reserva o discrecionalidad de las operaciones de sus clientes protege sólo a las actividades lícitas, entendiéndose pues, que las entidades bancarias tienen el deber de cooperar a requerimiento con las investigaciones criminales que llevan a cabo, donde se vincule a alguno de sus clientes.

Es importante destacar, que el Decreto de Gabinete 41 de 13 de febrero de 1990, no contiene en su articulado obligación alguna para que los Bancos o la Comisión Bancaria Nacional, de manera oficiosa revelen informaciones a las autoridades cuando tengan dudas o sospechas sobre el verdadero propósito de las actividades que realicen sus cuentahabientes, o que tengan sospechas de que oculten actos o conductas que puedan favorecer operaciones tales como el "lavado de dinero", proveniente de delitos relacionados con drogas, lo que contiene el citado Decreto de Gabinete son medidas preventivas, para evitar que se realicen operaciones con dineros provenientes de delitos relacionados con drogas.

Esto no significa, como ya lo indicamos, que el Centro Bancario se convierta en protector de actividades ilícitas, sino que como tal, debe velar porque las operaciones que realicen sus clientes se lleven con discrecionalidad y reserva, que es la obligación primordial de los Bancos, ya que al permitir que se brinde información de manera oficiosa, cuando existan simples sospechas o dudas, respecto a las actividades que realiza uno de sus clientes someteríamos al Centro Bancario y a sus clientes a una inestabilidad jurídica, que traería graves consecuencias en el sector económico del país.

Así pues, para que los funcionarios judiciales requieran de determinada información de un Banco, deberá estar amparado tal requerimiento en un proceso penal previamente instaurado contra el cuentahabiente.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el deber de confidencialidad de las instituciones bancarias y así lo ha expresado en el Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por el Deutsch Sudamerikanische Bank AG, en

contra de la orden de hacer impartida a dicha entidad bancaria por la Fiscal Segunda Superior del Primer Distrito Judicial, consistente en exhibir y entregar a dicha funcionaria los expedientes de todas las cuentas cifrantes existencias en el citado Banco, de 13 de marzo de 1990 y del cual transcribiremos algunas de su partes:

"Esta Corte no ve que interés legítimo podía tener la funcionaria demandada al ordenar al banco demandante que le suministrara una lista con el nombre de todas las personas que tuvieran cuentas cifradas en el banco. Una orden tan comprensiva como ésta es arbitraria, y entra en colisión con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, máxime cuando el destinatario de la misma es un banco, entidad a la cual la ley bancaria le reconoce un deber de confidencialidad, que no sólo obliga al propio banco, sino también a los funcionarios que por razón de su cargo, deben recabar información de los bancos.

Es conveniente, sin embargo, puntualizarle a la sociedad demandante que ella tiene un deber de cooperación con la Fiscal demandada en la investigación que esta última lleva a cabo. Este deber de cooperación se encuentra consagrado en el artículo 384 del Código Judicial, y es una fuente de creación de especiales obligaciones de conductas exigibles por el funcionario de instrucción en cada caso concreto, de acuerdo con la naturaleza del delito investigado y la finalidad perseguida por el Estado al reprimir la conducta antijurídica. Este deber de cooperación implica que la sociedad demandante debe facilitar la tarea de investigación del funcionario de instrucción y colaborar con el mismo suministrando la información que razonablemente le sea requerida, dentro del marco constitucional y legal, absteniéndose de obstaculizar, impedir o dilatar las tareas del funcionario de instrucción.

En los casos en que el deber de cooperación del banco pueda extenderse a terceras personas, según lo señalado en el párrafo anterior, el funcionario

de instrucción deberá a priori mencionarlos en el proveído mediante el cual se decreta la inspección ocular y, aún en estos casos, no puede el funcionario de instrucción solicitar una lista de todas las personas que posean cuentas cifradas para, a posteriori, determinar cuáles expedientes desea examinar."

Se desprende de lo anterior que es obligación del funcionario instructor presenciar al Banco en forma precisa y clara el nombre de la persona que está investigando.

A contrario sensu, no debe el Banco brindar información de sus clientes en forma oficiosa al Agente Instructor, salvo que la haya sido requerida en debida forma.

En realidad no se trata de entender si existe supremacía de una norma sobre la otra, o del entendimiento sobre lo normado en el Decreto reglamentario de la Comisión Bancaria Nacional. Existe claras normas legales que procuran conducir el comportamiento de los bancos frente a sus cuenta-habientes, especialmente cuando esa relación con los clientes, pueden seguir a la entidad bancaria, que las operaciones denotan la posibilidad de vínculos con ilícitos. Realmente es difícil precisar cómo establece el banco la ilegalidad de una operación, sin el scopio de elementos de juicio capaces de hacer resaltar la procedencia o el propósito ilícito de las actividades de su cliente.

La preferencia en la aplicación de las normas y su observancia, está por razones de hermenéutica legal, sujeto a la categoría de la mismas, y es claro que el entendimiento no alcanza la calidad de instrumento legal, sino de un Acuerdo para los efectos de la instrumentación o implementación de las normas que sirven de sostén a la consulta. En efecto, lo que ha procurado el Memorandum, es lograr una complementación en la aplicación del Artículo 74 del Decreto N-235 ya citado, de tal suerte que sin incurrir en infidencia, el funcionario de la Comisión Bancaria Nacional pueda cooperar en atención a lo establecido en el Artículo 2026 del Código Judicial, en la información necesaria, para que el Ministerio Público cumpla su cometido, especialmente si se trata de Lavado de Dinero, presumiblemente producto de tráfico de drogas.

Con la agudeza que debe caracterizar al funcionario de la Comisión Bancaria Nacional, si bien no es un investigador profesional, puede vislumbrar sin mayores dificultades los hechos que descubran un ilícito, sin incurrir en infracción

de la norma que impone el Secreto Bancario, que es una garantía intangible, intocable, inviolable, en toda operación lícita. Es precisamente en torno a la licitud de las operaciones, donde gira el interés tanto de la Comisión Bancaria como del Ministerio Público, y como se presume que todo cliente está enmarcado en la Ley, cuando los hechos revelen excepcionalmente que alguna operación deja traslucir un ilícito, el Ministerio Público a través de una causa penal requieren la cooperación, debe procederse conforme al entendimiento sin que ello represente realmente una violación de la norma que garantiza la confidencialidad.

Vale la pena preguntarse si un traficante internacional, lavador de dinero o integrante de la mafia aprovecha la oportunidad de una cuenta cifrada para llevar a cabo sus operaciones marginadas de la ley, y los funcionarios de la Comisión Nacional o de un hecho se percatan de ello, deben por prestigio de la entidad y por cumplimiento de su deber ciudadano, informar sobre sus pesquisas, a fin de que se proceda a determinar la licitud o ilicitud de esas operaciones. Sin embargo, la decisión de la Corte Suprema de Justicia mantiene la preservación del principio de no información de oficio, sino a solicitud específica en causa penal determinada.

En conclusión, si bien el Memorandum no es como se acepta en el mismo, un instrumento de tipo legal, tal como hemos sido enfáticos en señalar, no existe a nuestro juicio incongruencia, ya que el funcionario de la Comisión Bancaria Nacional tendrá toda protección y guardará la confidencialidad requerida, en el manejo de la información de sus clientes, siempre que de las mismas ellos no puedan señalar que se trata de una operación ilícita y que existiendo causa penal se solicite la asistencia de que habla el Memorandum.

Expuesto lo anterior, concluimos que se mantienen vigentes los artículos del Decreto de Gabinete N.º.238 de 1970, referentes al secreto bancario, toda vez que no existe actualmente disposición alguna que haya modificado los mismos y por ser una ley especial prevalece su aplicación ante cualquier disposición de carácter general.

De esta forma concluimos nuestra opinión, esperando que haya satisfecho la duda que motivó sus interesantes consulta.

Atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.  
 PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION