

308909

14.
20

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA U.N.A.M.

"JUSTIFICACIÓN DEL SECRETO BANCARIO"

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA EL SEÑOR**

ALBERTO ESENARO ARTEAGA

L

ASESOR: LIC. EDUARDO PRECIADO BRISEÑO

CONSULTOR: LIC. VICTOR MANUEL REQUEJO HERNÁNDEZ

MÉXICO, D.F.

269701

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A mis Padres, mis amigos y profesores
que me ayudaron a preparar esta Tesis.**

A Ricardo, mi amigo y abogado.

**A Luis Francisco,
que cree que no existe el
"Secreto Bancario"...
y probablemente tenga razón.**

**A Humberto,
que espera conseguir
trabajo en 1999.**

**A Juan Francisco,
que tiene demasiadas preguntas.**

**A Juan Alejandro,
quien espera cambiar al mundo.**

**A José Luis,
mi amigo y compañero de negocios.**

**Al Lic. Victor Manuel Requejo,
que no puede participar en mi Examen
Profesional por cuestiones administrativas.**

"JUSTIFICACION DEL SECRETO BANCARIO"

CAPITULO I:

UNA INTRODUCCION A MANERA DE HIPOTESIS 1

CAPITULO II:

ASPECTOS GENERALES

A.- CONCEPTO DE SECRETO 4

B.- DEFINICIÓN DE SECRETO BANCARIO 4

CAPITULO III:

CARACTERISTICAS DEL SECRETO BANCARIO

A.- LA REGULACION DEL SECRETO BANCARIO 8

B.- OBLIGACION EN "*STRICTU SENSU*" 9

C.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO 9

D.- RELACION CON EL SECRETO PROFESIONAL 9

CAPITULO IV:

FIGURAS AFINES

A.- EL CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD O DE SECRECÍA: 11

B.- EL SECRETO INDUSTRIAL 12

C.- EL SECRETO PROFESIONAL 13

D.- EL SECRETO FISCAL 14

E.- EL SECRETO FIDUCIARIO 15

F.- EL SECRETO BURSATIL 20

G.- EL SECRETO EN MATERIA DE ORGANIZACIONES

Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CREDITO	26
H.- EL SECRETO DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS	27
I.- EL SECRETO EN MATERIA DE INSTITUCIONES	
Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS	29
J.- EL SECRETO EN LA SEGURIDAD SOCIAL	29
<u>CAPITULO V</u>	
<u>BREVE HISTORIA DEL SECRETO BANCARIO</u>	
A.- HISTORIA GENERAL	34
B.- HISTORIA DE MEXICO	43
<u>CAPITULO VI:</u>	
<u>FUNDAMENTO Y JUSTIFICACION</u>	
A.- LA JUSTIFICACIÓN Y EL FUNDAMENTO	49
B.- TEORIAS QUE JUSTIFICAN Y FUNDAMENTAN	
EL SECRETO BANCARIO	52
1.- TEORÍA DE LOS USOS Y LAS COSTUMBRES	53
2.- TEORÍA DEL ORIGEN EN EL DERECHO POSITIVO	57
3.- TEORÍA DEL SECRETO PROFESIONAL	59
4.- TEORIA DE LAS RESPONSABILIDADES	63
5.- TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL	68
6.- TEORIA DE LA PROTECCION DE LOS INTERESES DEL PUBLICO	70
7.- TEORÍA DE LA PROTECCIÓN DE LA ACTIVIDAD	
BANCARIA O DEL INTERES PUBLICO	71
8.- TEORIA DE LA PROTECCION A LA INTIMIDAD	72

9.- TEORIA ECLECTICA	75
-----------------------------	-----------

CAPITULO VII:

SUJETOS DEL SECRETO BANCARIO

A.- EL SECRETO BANCARIO COMO RELACION JURIDICA	77
B.- SUJETO ACTIVO	77
1.- DEFINICION	77
2.- BENEFICIOS	81
C.- SUJETO PASIVO	82
1.- BANCOS	82
2.- REPRESENTANTES, FACTORES, EMPLEADOS Y DEPENDIENTES	83
a.- TEORIA DE LA REPRESENTACION	83
b.- TEORIA DEL FACTOR Y DEL DEPENDIENTE	84
c.- EMPLEADOS	86
d.- EL SECRETO BANCARIO	90
3.- PERSONAS RELACIONADAS CON LAS OPERACIONES	90
a.- FINANCIEROS	91
b.- NO FINANCIEROS	92
4- SOCIEDADES DE INFORMACION CREDITICA	92
5.- BANCO DE MEXICO	101
6.- CNBV	102
7.- AUTORIDADES FISCALES	103
8.- PROCURADURIA DE JUSTICIA	104
9.- AUTORIDADES JUDICIALES	105

10.- PERSONAS AJENAS A LA RELACION JURÍDICA	106
<u>CAPITULO VIII: OBJETO, ALCANCES Y EXCEPCIONES</u>	
A.- OBJETO	107
B.- EXCEPCIONES	109
1.- CLIENTE	110
2.- COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES	110
3.- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	112
4.- AUTORIDADES FISCALES FEDERALES	117
5.- AUTORIDADES JUDICIALES	118
<u>CAPITULO IX:</u>	
<u>RESPONSABILIDADES POR LA VIOLACION</u>	
A.- RESPONSABILIDAD PENAL	119
B.- RESPONSABILIDAD LABORAL	121
C.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	122
D.- RESPONSABILIDAD CIVIL	123
<u>CAPITULO X: CONCLUSIONES</u>	124
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	127

CAPITULO I:

UNA INTRODUCCION A MANERA DE HIPOTESIS

El Derecho como ciencia y como arte siempre ha evolucionado con el paso del tiempo y el hombre lo ha adaptado conforme a sus necesidades. En cada rama del Derecho se ha profundizado de acuerdo con los problemas que se presentan en la práctica, creándose doctrina jurídica especializada que ofrece soluciones a los problemas presentes, e incluso a los hipotéticos.

La doctrina bancaria, derivada del Derecho Mercantil en un principio, fue desligándose del mismo conforme los juristas del mundo profundizaban en los temas que provocaban más controversia en sus respectivos países.

En nuestro país fueron abogados tales como Don Joaquín Casasús, Don Pablo Macedo y Don Luis G. Labastida, quienes a finales del siglo pasado comenzaron a escribir obras referidas a la cuestión bancaria en México. Dichos estudios se apoyaban en la rica doctrina extranjera, la cual suplió por mucho tiempo el vacío doctrinal mexicano en materia bancaria.¹

Casi un siglo después de que esas obras fueran escritas, la doctrina bancaria mexicana continua deficiente y rezagada en muchos aspectos. Estos defectos contrastan con el vertiginoso avance de la tecnología que se aplica cada vez mas a las operaciones bancarias y financieras.

Así pues, la práctica ha superado por mucho a la teoría, lo que en varias ocasiones ha derivado en interpretaciones pragmáticas, más que jurídicas, de los hechos y actos jurídicos derivados del continuo operar bancario, e incluso en una legislación de pobre técnica jurídica.

¹ BORJA MARTINEZ, Francisco, "El Banco de México", México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 59 - 82

En este contexto, el propósito fundamental de la presente tesis es aumentar el bagaje cultural que existe en nuestro país respecto del quehacer bancario, desarrollando un tema muy conocido, pero no estudiado en el mismo grado: El Secreto Bancario.

Uno de los temas más controvertidos desde el nacimiento de la banca, ha sido el secreto bancario, el cual, debido a la poca reglamentación de la materia en el Sistema Jurídico Mexicano, así como a los escasos y poco interesados estudios de los doctrinarios mexicanos de la banca², más que analizada desde un punto de vista verdaderamente jurídico, en la mayoría de los autores ha quedado en una transcripción y comentarios a los Artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito vigente, estableciendo una supuesta supletoriedad del secreto profesional, y de esa manera se pretenden solucionar todos los problemas que pudieran surgir.

Estas situaciones han provocado una vaguedad en los elementos de la institución, y han permitido que las violaciones al secreto bancario en nuestro país no puedan impedirse conforme a una base legal o doctrinal jurídicamente sustentada, no cumpliendo así su cometido de ser una institución que protege los intereses del público.

Lo anterior aunado a los cada vez más frecuentes fraudes a las Instituciones de Crédito, al creciente fenómeno de lavado de dinero y a los problemas derivados del reciente rescate bancario, nos lleva a una verdadera problemática en torno al secreto bancario, de la cual deriva la hipótesis de la presente tesis.

Esta hipótesis es: En la teoría y la práctica de la banca mexicana debido a la evolución de la banca en México, ¿Es el secreto bancario un concepto que necesite una nueva justificación?

² Hay que recalcar que el estudio del secreto bancario realizado por ACOSTA ROMERO, Miguel, "Derecho Bancario", México, 4ta Edición, Porrúa, 1991, pp. 407 - 430, resulta muy completo en comparación a los demás doctrinarios mexicanos de la teoría bancaria.

Así mismo, puede verse el libro de MEJAN, Luis Manuel C., "El Secreto Bancario", 2da Edición, México, Porrúa, 1997, presenta un estudio muy profundo sobre el secreto bancario en México. La primera edición de esta obra fue publicada en 1984 por la editorial colombiana Biblioteca Felabán, demostrando una vez más el poco interés por el estudio del secreto bancario en México.

Pero no solamente se pretende darle una nueva justificación al secreto bancario acorde a la realidad y a lo que jurídicamente debería de establecerse en las disposiciones aplicables, sino que también se busca hacer conciencia en el lector de la falta de doctrina en relación a temas tan especializados como lo es el secreto bancario, aún cuando estos temas han sido desde hace mucho tiempo algo cotidiano en la vida jurídica.

Por último, cabe advertir al lector que la doctrina y la legislación extranjeras, no sólo se establecen como sugerencias para detallar la regulación aplicable al tema, sino también para lograr una nueva valoración del secreto bancario con argumentos hechos valer en el Derecho de otros países.

CAPITULO II:

ASPECTOS GENERALES

A.- CONCEPTO DE SECRETO:

Gramaticalmente, la palabra secreto se entiende como “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto³”, lo cual contiene dos aspectos: en primer lugar, el estar reservado. es decir que es un objeto acceso restringido solo a ciertas personas con dificultades para conseguirlo o conocerlo, y en segundo lugar, lo oculto se refiere a aquello que no es evidente, ni se encuentra a simple vista.

Etimológicamente la palabra deriva del latín “*secretum*”⁴, que significa separado o secreto, haciendo referencia en este caso a lo separado del conocimiento del público en general. pudiendo ser conocido solamente por un grupo reducido de personas.

B.- DEFINICIÓN DE SECRETO BANCARIO:

Partiendo del anterior concepto, se podría definir el término “*secreto bancario*” como lo que cuidadosamente se encuentra reservado y oculto en los bancos o por los banqueros. Sin embargo, siguiendo dicha definición dejaríamos demasiadas lagunas en nuestro estudio. y con el

³ “Secreto”, Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe, 3ra Edición, tomo XVI, Madrid, España, Espasa-Calpe, 1979, p. 176.

⁴ “Secretus”, SEGURA MUNGUÍA, Santiago, “Diccionario Etimológico Latino- Español”, Madrid, España, 1985, p. 658.

afán de esclarecerlas, a continuación expondremos algunas de las definiciones que consideramos más acertadas y descriptivas sobre esta institución⁵.

Algunos autores como Labanca, dicen que es un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de los hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales.⁶

Siguiendo dicho concepto, Octavio Hernández define al secreto bancario como el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados, de no revelar ni directa, ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o motivo de la actividad a la cual están dedicados.⁷

En la anterior definición se señala al secreto bancario como una especie del secreto profesional, lo cual como se explicará más adelante, es técnicamente incorrecto.⁸

Podemos encontrar en la definición que el secreto bancario se hace extensivo a las organizaciones auxiliares del crédito⁹, sin embargo, es técnicamente incorrecto, puesto que si bien estas organizaciones (y actividades), auxilian a la intermediación del crédito, el secreto bancario necesariamente hace referencia al ejercicio de la función bancaria, siendo excesiva esta interpretación de la ley.

Estas definiciones utilizan la palabra “deber” como elemento fundamental del secreto bancario, sin embargo, la primera no especifica el tipo de deber, mientras que la segunda, nos dice que es de tipo jurídico.

⁵ Cabe mencionar que hay muchas y muy variadas definiciones del secreto bancario, sin embargo, estas definiciones fueron escogidas en base a los elementos resaltados en la misma.

⁶ LABANCA, Jorge, “El Secreto Bancario”, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1968. Citado en VERGARA BLANCO, Alejandro, “El Secreto Bancario”, Santiago de Chile, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 20.

⁷ HERNANDEZ, Octavio, “Derecho Bancario”, México, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, Tomo I, 1956, pp. 130 y 131.

⁸ *Vid. infra* Capítulo VI, Apartado B, Número 3.

⁹ Este libro fue escrito antes de que la Ley Bancaria del 3 de mayo de 1941 incluyera a las actividades auxiliares del crédito.

A este respecto, habría que comentar que se presta a muchas ambigüedades por la noción que diversos tratadistas le dan al “deber” y al “deber jurídico”, caracterizándose el primero por su falta de exigibilidad en contra de la coercibilidad del segundo.¹⁰

Giorgana Frutos la describe como aquella institución en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva y ocultación de todos los antecedentes de sus clientes, y que hayan conocido como consecuencia de sus relaciones con estos.¹¹

Se podría decir que el secreto bancario es un institución, en el sentido de que es una relación estable y normativizada, la cual ha venido evolucionando desde los primeros días de los bancos, hasta convertirse en una institución reconocida por la banca mundial.¹²

Por otro lado, autores como Bernardo Superville Saavedra¹³ en su libro “El Depósito Bancario”, lo considera como una manifestación específica del secreto profesional por el cual se le impone un deber a determinadas personas (en nuestro caso el banquero), que en mérito de su profesión, tienen oportunidad de conocer intimidades de sus clientes que no deben ser divulgadas y que sólo se exteriorizan para permitir al profesional actuar con todos los elementos de juicio necesarios.¹⁴

Malagarriga lo define como la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros sin causa justificada los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.¹⁵

¹⁰ Sobre el tema se puede consultar GARCIA MAYNEZ, Eduardo, “Introducción al estudio del Derecho”, 44ta edición, México, Porrúa, 1992, pp. 259-270.

En dicha obra se señalan las posturas de Hans Kelsen, Emmanuelle Kant y Rudolf Laun sobre la teoría del deber jurídico y se hace una crítica sobre las mismas.

¹¹ GIORGANA FRUTOS, Victor Manuel, “Curso de Derecho Bancario y Financiero”, México, Porrúa, 1984, p. 206.

¹² Este estudio pretende exponer al secreto bancario como una institución y como una relación jurídica en *stricto sensu*, es decir, una obligación.

¹³ Citado por GIORGANA FRUTOS, *Op Cit*, p. 207.

También se puede ver a BAUCHE GARCÍA DIEGO, Mario, “Operaciones Bancarias”, 3ra Edición, México, Porrúa, 1981, p. 395.

¹⁴ Este argumento se rebate en el Capítulo VI, Apartado B, Número 3.

¹⁵ MALAGARRIGA, Juan Carlos, “El Secreto Bancario”, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1970, p. 15.

La definición de Malagarriga es acertada, ya que como hemos señalado, el secreto bancario es una relación jurídica en "*stricto sensu*" y con todas las características propias de la misma de acuerdo con la Teoría General de las Obligaciones.

En conclusión, podemos definir al secreto bancario como la obligación por la cual el banco, sus funcionarios y empleados, están compelidos a guardar la confidencialidad respecto de las operaciones que tienen con sus clientes, y las negociaciones previas a estas.

Dando un esbozo general y previo al cuerpo del presente trabajo, debe señalarse que el secreto bancario incluye la información obtenida por negociaciones previas, aún cuando la operación que se pretendía realizar no la lleve a cabo el banco receptor de la citada información.

CAPITULO III:

CARACTERISTICAS DEL SECRETO BANCARIO

Las características del secreto bancario, como en todas instituciones de la Ciencia Jurídica, deben ser analizadas, a fin de que podamos comparar y diferenciar de otras instituciones jurídicas que son muy similares. Así pues, hemos seleccionado las características mas importantes, que a lo largo de nuestro estudio nos servirán para desarrollar el tema.

A.- LA REGULACION DEL SECRETO BANCARIO

El secreto bancario no ha sido regulado ni reconocido por todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Esto obedece a que en muchos países esta institución se ha mantenido como una costumbre inmemorial entre el gremio de la banca o se ha entendido como una obligación derivada del secreto profesional, regulando si acaso las consecuencias penales que podría implicar su violación.¹⁶

Otra razón del porqué el secreto bancario no se encuentra en las leyes locales es porque algunos lo consideran derivado de la confidencialidad contractual pactada o implícita en la operación bancaria respectiva.

La mayoría de los autores mexicanos estudian el secreto bancario sólo respecto del depósito bancario, olvidándose de que es aplicable a todas las operaciones de los bancos con sus clientes, tal y como se explica en el Capítulo VIII.

B.- OBLIGACION EN “*STRICTU SENSU*”

En esta institución, no solamente estamos hablando de un elemental deber moral de guardar los secretos de los clientes del banco, sino también envuelve una obligación (en estricto sentido) derivada de una relación jurídica donde el banco es el sujeto pasivo por excelencia.

La diferencia antes expuesta implica la posibilidad de exigir su cumplimiento o en su caso, los daños y perjuicios, o la pena convencional.¹⁷

C.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

Respecto a las consecuencias de su incumplimiento por parte del obligado a guardarlo (sujeto pasivo), podemos decir que es una materia interdisciplinaria, puesto que se puede estudiar desde el punto de vista laboral, penal, civil, etc., debido a las consecuencias de derecho que produce en estas ramas.¹⁸

D.- RELACION CON EL SECRETO PROFESIONAL

Algunos autores (en México y en el mundo) consideran al secreto bancario como una especie del secreto profesional, lo cual nos parece poco acertado por las razones que se

¹⁶ Inclusive en algunas instituciones de crédito europeas creadas a finales del siglo XVIII, incluyen como una obligación estatutaria el deber de confidencialidad bancario. *Vid.* VERGARA BLANCO, *Op. Cit.*, pp. 14 y 18.

¹⁷ BORJA SORIANO, Manuel, “*Teoría General de las Obligaciones*”, 10^{ma} Edición, México, Porrúa, 1994, p. 67.

¹⁸ Estas consecuencias se estudian con mayor profundidad en el Capítulo IX de esta tesis.

expondrán en el Apartado B, Número 3 del Capítulo VI, referente a la fundamentación del secreto bancario como el secreto profesional.

CAPITULO IV:

FIGURAS AFINES

El secreto bancario, como todas las instituciones jurídicas, tiene similitudes con diversas figuras, por lo que es bueno compararlas, a fin de que se clarifiquen los matices de cada una. Las figuras afines son las siguientes:

A.- EL CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD O DE SECRECÍA:

Aquel por el cual una o ambas partes se obligan a mantener fuera del acceso de terceros, una información determinada que les ha sido revelada por la otra parte en virtud de una relación jurídica principal.

La mayoría de la doctrina lo considera como un convenio accesorio (o como un anexo de un contrato¹⁹), en virtud de que debe derivarse de una relación jurídica anterior, no pudiendo la misma subsistir por sí misma.

Las principales diferencias con el secreto bancario son relativas al objeto que protege, puesto que el convenio de confidencialidad protege información que debe determinarse detalladamente en el contrato mismo, la cual puede ser de carácter comercial, industrial, profesional, Etc., mientras que el secreto bancario solamente protege información respecto del cliente y sus operaciones con él, que se determina al momento de que el banco tiene acceso a ella por su relación con el cliente.

Otra diferencia la encontramos en cuanto a los sujetos que obliga, puesto que el convenio de confidencialidad puede ser bilateral, mientras que el secreto bancario es siempre unilateral, obligando solamente a una parte, pudiendo ser el banco, sus empleados o funcionarios, dándoles la ley una calidad específica a los últimos.

En cuanto a su fuente podemos decir que el secreto bancario normalmente deviene de ley²⁰ y es tanto de interés público, como de privado, tal y como expondremos en el Capítulo VI: Fundamento y Justificación.

A su vez, el convenio de confidencialidad se celebra por voluntad de las partes, por lo que su obligatoriedad nace del acuerdo de voluntades con naturaleza privada, pudiendo dicho convenio ser renunciado con base al Artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal, siempre que no se esté afectando derechos de terceros.²¹

En virtud de lo anterior, podemos señalar como última diferencia que el incumplimiento del secreto bancario conlleva obligaciones de diversa índole: civiles, penales, laborales, Etc., mientras que el convenio de confidencialidad, dado su carácter privado, solo trae obligaciones de resarcir patrimonialmente, siguiendo las disposiciones generales de las obligaciones de no hacer.²²

B.- EL SECRETO INDUSTRIAL:

La ley de la Propiedad Industrial, en su Artículo 82 define al secreto industrial como “toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral

¹⁹ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, “Contratos Mercantiles”, 7^{ma} Edición, México, Porrúa, 1996, p. 755. En este libro el autor se refiere al convenio de confidencialidad como un anexo del contrato de franquicia.

²⁰ *Vid. Infra*. Capítulo III, Apartado A.

²¹ Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, 62^{va} Edición, México, Colección Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1993, p. 42.

²² *Idem* Artículo 2028, p. 361.

con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto del cual ha adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.”²³

En este caso, estamos frente a un secreto cuyo contenido es información de aplicación industrial o comercial, mientras que el secreto bancario tiene como objeto información respecto de los clientes del banco y sus operaciones con los mismos.

Por otro lado, podemos decir que hay una obligación legal del informante (dueño de la información o persona con derecho a revelarla) de mantener en secreto dicha información de aplicación industrial o comercial. En caso de incumplimiento, la Ley de Propiedad Industrial sanciona al infractor con la pérdida del carácter confidencial de la información. Sin embargo, hay que mencionar que el secreto se pierde también en el momento que ha sido revelado por cualquier otra persona, configurando el tipo penal de revelación de secretos industriales y provocando una sanción de tipo penal, a la cual hace referencia el Artículo 211 del Código Penal²⁴.

Podemos decir que pasa algo similar con el secreto bancario, puesto que si el cliente no conserva la confidencialidad de su patrimonio haciéndolo del dominio público pierde su carácter de secreto, sin embargo, no podemos decir en este supuesto que el banco se libere de la obligación de mantener la confidencialidad de la información patrimonial de su cliente.

C.- EL SECRETO PROFESIONAL:

²³ Ley de la Propiedad Industrial, 2da reimpresión, México, PACSA, 1995, p. 42.

Algunos autores han clasificado al secreto bancario como una especie del secreto profesional, sin embargo, como ya se ha indicado²⁵, no consideramos que esta clasificación sea muy exacta, por las razones que se expondrán en el Apartado B, Número 3 del Capítulo VI.

D.- EL SECRETO FISCAL:

Podemos entender por secreto fiscal, la obligación consignada en el Código Fiscal (Artículo 69) por el cual los funcionarios de la Hacienda Pública, en ejercicio de sus facultades de comprobación, deben guardar reserva respecto de las declaraciones y demás datos de los contribuyentes. La diferencia con el secreto bancario es el sujeto obligado, el objeto y las consecuencias de incumplimiento.

El sujeto obligado es toda autoridad Hacendaria que haya ejercido facultades de comprobación, así como aquellas que por motivo de su trabajo tengan acceso a la información patrimonial del contribuyente.

En el secreto bancario el sujeto obligado es el banco y sus funcionarios por la información recibida de su cliente, tratándose de relaciones entre particulares, excepto en la Banca Central y en las Sociedades Nacionales de Crédito, de las cuales hablaremos más adelante.

En cuanto al objeto, la autoridad fiscal tiene deber de guardar reserva respecto de la información patrimonial obtenida por un acto de autoridad; en el secreto bancario solamente respecto de la información obtenida por las operaciones que realice con el cliente.

²⁴ Código Penal para el Distrito Federal, 52va Edición, México, Colección Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1994, p. 54.

²⁵ *Vid Supra* Pie de Página número 24.

Respecto de las consecuencias por el incumplimiento, la autoridad fiscal tiene responsabilidades administrativas impuestas por la Ley Federal de Servidores Públicos, además de las penales y civiles por su carácter de servidor público. En el secreto bancario, son responsabilidades menos graves porque el incumplimiento no se hizo en ejercicio de una función pública.²⁶

Un tema muy controvertido en torno al secreto fiscal se encuentra en los llamados tratados de intercambio de información con otros países. Por medio de dichos acuerdos internacionales se busca la cooperación entre los contratantes, a fin de recabar información necesaria para la realización de su función fiscalizadora.²⁷

E.- EL SECRETO FIDUCIARIO:

El fideicomiso se puede definir como el contrato por el cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto de determinados bienes afectados, a efecto de conseguir un fin lícito y específico, en provecho del beneficiario que designa aquél que otorga las facultades.²⁸

La afectación significa que el bien sale de la esfera de disposición del fideicomitente, a fin de que el fiduciario pueda, dentro de los límites permitidos por el contrato respectivo y por la ley, realizar el fin de una manera correcta y eficaz.

²⁶ Código Fiscal de la Federación, 13^{va} Edición, México, Themis, 1998, art. 68 y 69.

²⁷ Este tema es tratado ampliamente en el Capítulo VIII: OBJETO, ALCANCE Y EXCEPCIONES.

²⁸ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op. Cit.*, pp. 515-532.

Tradicionalmente en México, las únicas personas con capacidad legal para recibir bienes en fideicomiso eran las Instituciones de Crédito²⁹, esto debido a que se le considera una operación que requiere confianza, solidez y experiencia, las cuales en términos generales ha ofrecido la banca mexicana.

En este sentido podríamos deducir que al ser una operación de servicio con autorización exclusiva para la banca, no se trata de una figura afín al secreto bancario, sino que se trata del secreto bancario respecto para las operaciones de fideicomiso.

No obstante lo anterior, por recientes reformas a las leyes vigentes en la materia, se permitió que las Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, así como las Instituciones de Fianzas, participen en fideicomisos de garantía con determinadas restricciones en los montos y el destino de las inversiones.³⁰

En este orden de ideas, quizá el legislador entendió que las operaciones fiduciarias no podían contemplarse dentro del objeto social de las Instituciones de Seguros y de Fianzas; sin embargo, podrían funcionar como un instrumento eficaz para realizar eventualmente determinados fines relacionados con su actividad.

Así pues, dichas Instituciones pueden realizar funciones fiduciarias, pero a diferencia del fideicomiso bancario que presenta un abanico de posibilidades, esta especie de fideicomisos se encuentra limitado y bajo la supervisión de las Autoridades competentes, quienes deberán autorizar el monto y el objeto del fideicomiso³¹.

²⁹ Incluso cuando en la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios de 1925, cuando se formaron los llamados Bancos de Fideicomiso estableciendo este principio de exclusividad, dejando fuera de la esfera civil este tipo de negocios jurídicos.

³⁰ Se puede consultar las reformas del Artículo 34 fracción IV de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día 14 de julio de 1993.

También debe consultarse las recientes reformas al Artículo 16 Fracción XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicadas el 3 de enero de 1997 en dicho Diario.

³¹ Las leyes, tanto en materia de seguros como de Fianzas, otorgan a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la facultad para emitir reglas de carácter general, a efecto de que pueda imponer prohibiciones y limitaciones respecto de las operaciones fiduciarias, así como limitar el monto máximo que puede recibir una Institución de Seguros o de

Solamente en los casos anteriores podemos afirmar la autonomía del secreto fiduciario , frente al secreto bancario, pudiendo definir al secreto fiduciario: como la obligación que se le impone a las Instituciones Fiduciarias de guardar reserva respecto de la información que es de su conocimiento y el de sus empleados, en relación de una determinada operación de fideicomiso.

Aún cuando la operación del fideicomiso se realice mediante una institución bancaria, el secreto adquiere una calidad especial, mediante la cual el legislador tiende a protegerlo más en comparación con las otras operaciones bancarias.

Esta protección especial se refleja en que la información propia de la operación fiduciaria, no podrá revelarse mas que en juicios o reclamaciones entablados³² por el fideicomitente o fideicomisario, por el comitente o mandante de cualquiera de ellos, contra la Institución o viceversa.

Es evidente que, para este tipo de controversias, sea necesaria la develación del secreto, puesto que puede formar parte de la “*litis*” en los juicios seguidos ante los tribunales, o de la reclamación ante otro tipo de autoridades, como por ejemplo las que resuelva la Comisión Nacional Bancaria y de Valores mediante el procedimiento de conciliación previsto por la ley de la materia.

Sin embargo, el contenido del secreto fiduciario puede constituir una prueba idónea para esclarecer determinados hechos que lleven a la autoridad, tribunal o juez competente sobre la controversia planteada ante ellos.

Fianzas en fideicomiso. Estas Reglas se emiten escuchando previamente a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y al Banco de México.

³² Cabe mencionar que en el Derecho Penal Mexicano, los procedimientos se inician con el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, por lo cual en estricto sentido no se aplicaría la disposición del Artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, sin embargo consideramos que dicho Artículo, al referirse a juicios incluye al procedimiento penal, debido a que las personas mencionadas en el Artículo citado estarían legitimadas para denunciar ante Ministerio Público los delitos relacionados con la revelación del secreto bancario, convirtiéndose en querellantes y en su caso, coadyuvantes.

Octavio Hernández considera que dicha protección especial se debe a que ciertos fideicomisos pueden ser muy delicados, por lo que se debe guardar una extrema confidencialidad a fin de lograr el fin del fideicomiso y evitar un perjuicio innecesario.³³

Cabe afirmar que es cierto lo que señala Octavio Hernández en su obra, pero habría que considerar otras situaciones, tales como el motivo o fin determinante por la que el cliente realiza la operación de fideicomiso.

Se puede decir que todas las operaciones que el cliente realiza con el banco, son realizadas con la confianza de que se guardará la más estricta confidencialidad respecto de dicha operación, sin embargo, en el fideicomiso esa confianza del cliente para con el banco se estrecha aún más.

Desde tiempos del fideicomiso romano podemos encontrar ese tipo de relación de confianza, manifestación que se hizo patente en dos instituciones: los "*Fideicommissio testamentarii*" y el "*Pactum fideiuciae*".

Por el fideicomiso testamentario aquella persona sin "*testamenti factio*", podía adquirir bienes del testador después de su muerte, por medio del heredero de éste, quien ejecutando la voluntad del "*de cuius successione agitur*" (aquel de cuya sucesión se trata), le entregaba la sucesión de manera universal o particular.³⁴

En los primeros tiempos del fideicomiso, este tipo de negocios carecía de acción para reclamarse por parte del fideicomisario o beneficiario del fideicomiso, debido a que no constituía una obligación en el sentido que se encuentra plasmado en el libro III, título XIII de la "*Instituta*" de Justiniano, es decir, no se encontraba contemplado por las leyes de la ciudad.³⁵

³³ HERNANDEZ, Octavio, *Op. Cit.*, Tomo II, pp. 281 y 282.

³⁴ PORTE PETIT, Eugène, "*Tratado Elemental de Derecho Romano*", Traducido por D. José Fernández González, 10^{ma} Edición, 1^{ra} reimpresión, México, Porrúa, 1993, pp. 579-584.

³⁵ BORJA SORIANO, Manuel, *Op. Cit.*, p. 69.

Aún cuando en el tiempo de Augusto se contemplaron diversas acciones para hacer efectivos determinados tipos de fideicomisos, y se creara el “*Praetor fideicommissarius*”, el negocio implicaba una confianza que depositaba el testador en el fiduciario, puesto que algunos se celebraban en forma oral y la prueba de la existencia de dicho negocio era, en algunos casos, imposible.³⁶

Por otro lado, el pacto de fiducia, ciertamente antecedente de la hipoteca y del fideicomiso de garantía, implicaba una relación de confianza entre las partes, debido a que por este pacto el deudor le entrega al acreedor por medio de “*mancipatio*” o “*in iure cessio*”, un bien de su propiedad, el cual funcionaba como una garantía real, respondiendo del incumplimiento del pago en caso de que se presente, o siendo devuelto al deudor cuando se extinguía la deuda.³⁷

No cabe duda que basándose en estos antecedentes históricos, además de la influencia que tuvo el “*Trust Deed*”³⁸ norteamericano en la legislación mexicana, se puede demostrar que todos y cada uno de los fideicomisos deben guardar una especial confidencialidad, aún cuando algunos sean más importantes que otros.

Por último, debemos aclarar que esta protección especial que el legislador le da al secreto (bancario) en las operaciones fiduciarias, es exclusivamente aplicable a las operaciones de fideicomiso realizadas por las Instituciones de Crédito, no pudiendo aplicarse a otras operaciones realizadas por los bancos o por otras instituciones financieras, debido a que se trata de una regla especial que no es aplicable a la generalidad de las operaciones bancarias.

³⁶ PORTE PETIT, Eugéne, *Op. Cit.*, pp. 579-584.

³⁷ *Idem.*, pp. 296 y 297.

³⁸ Durante los primeros años del siglo XX, una forma de “*trust*” proveniente de los Estados Unidos, se utilizó como instrumento para emisión de bonos que financiaban la construcción de ferrocarriles, permitiendo que surtiera efectos en México al amparo del Código Civil de 1884 y la Ley sobre Ferrocarriles de 1889, equiparándolos al contrato de préstamo, mandato e hipoteca, evidenciando en este aspecto la relación de confianza existente entre las partes. (Citado en la nota al pie número 3 de las páginas 516 y 517 de VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Op. Cit.*)

F.- EL SECRETO BURSÁTIL

La naturaleza de las operaciones realizadas por las instituciones de crédito y los agentes de valores son de fácil distinción, razonamiento del cual derivaría que es distinta la confidencialidad que deben guardar cada una de ellas respecto de los asuntos de sus clientes, sin embargo, el secreto bursátil tiene algunas características afines al secreto bancario, para lo cual expondremos los elementos de cada uno señalando las similitudes y diferencias.

Los sujetos obligados a guardar el secreto bursátil son los denominados agentes de valores, incluyendo a sus empleados o personas relacionadas con estos, así como a los funcionarios de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores: a diferencia del secreto bancario, por el cual solamente se obliga a guardar el secreto bancario al banco, sus funcionarios y a las autoridades como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, al Banco de México y toda aquella otra entidad que reciba información.

El sujeto beneficiado o acreedor de la confidencialidad bursátil es el cliente que hace negocios con el agente de valores. En lo que respecta al secreto bancario, encontramos que el sujeto acreedor es también el cliente, pero de la institución de crédito.

En cuanto al objeto protegido con el sigilo de los agentes bursátiles es la llamada “información privilegiada”, entendiéndose por ésta en términos del Artículo 16 bis de la Ley del Mercado de Valores “el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho del conocimiento del público”.³⁹

Debe señalarse que el texto vigente en el año de 1989 solamente consideraba información privilegiada: aquella proveniente exclusivamente del emisor de los títulos valor de que se

trataba, lo cual no permitía sancionar el manejo ilícito (aunque legal) de la información privilegiada proveniente de otras fuentes⁴⁰.

Podemos afirmar que no es necesario ser agente de valores para tener a disposición información privilegiada, quitando la calidad específica que antes existía en la legislación, pues la ley establece varias presunciones “*iuris tantum*” en su Artículo 16 bis-1 respecto de las personas que pudieran tener acceso a información privilegiada, teniendo todas ellas en común un vínculo con la sociedad emisora, ya sea por una relación de trabajo, negocios o incluso por su carácter de accionistas de la misma, posición por la cual pueden utilizar esa información para realizar personalmente o por interpósita persona, operaciones con los títulos de la emisora, obteniendo una ventaja sobre el gran público inversionista.

Debe aclararse que el secreto bursátil propiamente dicho es el establecido en el Artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores, el cual implica una relación de negocios de intermediación bursátil entre el cliente y su agente de valores, conteniendo la información privilegiada revelada a este agente para realizar el negocio.

De aquí, podemos encontrar que el secreto bursátil solamente obliga a los agentes de valores, a sus funcionarios y empleados, mientras que la abstención del uso indebido de información privilegiada obliga a todo aquel que disponga de ella.

Respecto del secreto bancario, encontramos que su contenido es toda aquella información que el banco, por medio de sus funcionarios y empleados, conoce porque fue proporcionada directamente por el cliente, su mandatario o representante, con el cual realiza operaciones propias de la Institución, por lo que a diferencia del secreto bursátil, no se puede obligar al banco a guardar reserva respecto de aquello que no le fue confiado por el cliente.⁴¹

³⁹ Esta reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 23 de julio de 1994.

⁴⁰ IGARTUA ARAIZA, Octavio, “Información Privilegiada”, *EL FORO*, Octava Epoca, Tomo VII, No. 1, Primer Semestre, 1994, México, D.F., pp. 79-91.

⁴¹ Esto se trata con mayor profundidad en el Capítulo VIII: OBJETO, ALCANCES Y EXCEPCIONES.

Una diferencia substancial existente entre estos dos secretos es: la prohibición expresa en el secreto bursátil a toda aquella persona que disponga de información privilegiada de utilizarla en beneficio propio o de terceros⁴², lo que en las disposiciones relativas al secreto bancario no se encuentra, y a nuestro juicio debería ser reconocida en ley esta obligación tan sostenida por la doctrina desde años atrás.

En cuanto a las disposiciones que regulan estos dos secretos, la Ley del Mercado de Valores, como ley marco de las operaciones con títulos valor, regula la conducta de los agentes de valores, amonestándolos o sancionándolos cuando así sea necesario.

Dicha ley establece varios mecanismos para evitar el uso indebido de la “información privilegiada”, los cuales se encuentran contenidos en el Capítulo Tercero de dicha Ley denominado “De la casa de bolsa y los especialistas bursátiles”.⁴³

Estos mecanismos son por ejemplo:

- i) La prohibición general del uso indebido de información privilegiada;
- ii) Las prohibiciones a los funcionarios de la emisora de realizar operaciones con los títulos de dicha sociedad; y
- iii) Las prohibiciones a diversos funcionarios públicos señalados en ley para realizar inversiones en el mercado de valores cuando tengan algún vínculo con este, entre otros.

Mientras que en el secreto bancario no existen este tipo de prohibiciones.

Por otro lado, las multas por infringir las disposiciones del secreto bursátil se contienen en el Capítulo Quinto de la Ley: “De la Comisión Nacional de Valores” donde se le conceden a dicha

⁴² Vid. *Supra* Capítulo VIII se trata el tema del uso de la información obtenida en virtud de las operaciones bancarias.

Comisión las facultades necesarias para la imposición de una multa de 8,000 a 10,000 salarios mínimos a las casas de bolsa y a los especialistas bursátiles que violen el secreto contenido en el Artículo 25 de dicha Ley.

La ley previene multas específicas para el uso indebido de información privilegiada en los Artículos 16-bis 4 y 16 bis-7, dependiendo si se trata de personas con acceso a información privilegiada o servidores públicos, agravándose para estos últimos las sanciones hasta con veto o inhabilitación para ejercer sus funciones (públicas) en el mercado de valores, e incluso dentro del Sistema Financiero Mexicano.

En cuanto al secreto bancario, no hay disposiciones tan severas y específicas como en el secreto bursátil, pudiendo tener las sanciones siguientes:

- i) La sanción penal por la comisión del delito de revelación de secretos (210 y 211 del Código Penal para el Distrito Federal);
- ii) La sanción civil, consistente en la facultad del sujeto activo del secreto bancario para pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios;
- iii) La sanción administrativa genérica contenida en el Artículo 109 de la Ley de Instituciones de Crédito que sanciona cualquier violación de la ley que no se señale expresamente una sanción con una multa desde 100 a 50,000 veces el salario mínimo del Distrito Federal.

Los dos secretos son regulados por las circulares emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (y por Banco de México cuando implica riesgo crediticio), ya que este

⁴³ Debe notarse que la protección del secreto bancario se encuentra incluida en el Título Sexto de la Ley de Instituciones de Crédito: "De la Protección de los Intereses del Público", siendo congruente con una de las teorías de justificación del secreto, la cual analizaremos con mayor profundidad en el Capítulo VI de la tesis.

único organismo es el encargado de la inspección y vigilancia de la banca y de la intermediación bursátil.⁴⁴

Como una disposición especial respecto del secreto bursátil, encontramos el “Código de Ética Profesional de la Comunidad Bursátil” firmado el 16 de mayo de 1988, el cual en su exposición de motivos señala que surge con el propósito de orientar la actuación de quienes realizan el quehacer bursátil mexicano, de plasmar objetivamente normas claras, exigir responsabilidades y de sancionar conductas que no son éticas.

Este instrumento privado de autorregulación para la comunidad bursátil⁴⁵ completa la legislación vigente en la materia bursátil. Esto implica que no es obligatorio para aquellos que no lo suscriban, lo cual pone en duda su eficacia.

Los Artículos 8 y 9 del Código de Ética arriba mencionado, nos hablan sobre el manejo de la información privilegiada mencionada en el Artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores, con la excepción de la obligación impuesta a los profesionales bursátiles de custodiar la documentación e informes para evitar el uso, sustracción, ocultamiento o utilización indebidas, disposición que es una novedad para el tema.

En esta línea se establece que estos profesionales deben establecer sistemas y mecanismos para que sus funcionarios cumplan con esta obligación, por lo que innova en este aspecto. En relación al secreto bancario, estas disposiciones son conocidas solamente entre los doctrinarios.

La Comisión de Honor y Justicia es quien conoce de las infracciones al Código de Ética como un juzgado privado, y con la ayuda de los suscritos a dicho Código hace efectivas dichas

⁴⁴ El alcance y obligatoriedad de las circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores se explicará en el Capítulo VI de la tesis.

⁴⁵ Los suscritos al Código son la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V., la Asociación Mexicana de Casa de Bolsa, A.C. y el Instituto Mexicano del Mercado de Capitales, A.C., previendo que las sociedades de inversión y sus operadoras, así como el S.D. Indeval, S.A. se adhieran en un futuro. Así mismo, se prevé en el Artículo Primero último párrafo, la obligación de la Bolsa Mexicana de Valores de realizar las gestiones para que se adhieran al Código las personas que se relacionen con el mercado de valores.

sanciones. Así mismo, los consejos de administración de las casas de bolsa, pueden conocer las infracciones que cometan sus empleados y los agentes de valores.

Lo anterior cuestiona la eficacia del Código, puesto que permite que personas vinculadas a los infractores juzguen su comportamiento, perdiendo la característica esencial de cualquier procedimiento decisorio, esto es, la imparcialidad.

Las sanciones que se pueden aplicar son la amonestación por medio de una constatación escrita de la infracción al responsable apercibiéndolo que de incurrir nuevamente en dicha falta, y de no hacerlo, se le puede suspender en sus labores y funciones hasta por tres días, rescindir su contrato de trabajo o de prestación de servicios, e incluso se le puede expulsar de la Bolsa.

La naturaleza privada del documento nos lleva al conflicto entre las sanciones y las leyes vigentes, puesto que en el caso de suspensión de labores y rescisión del contrato de trabajo, se tendría que prever en el mismo contrato para hacer efectivas las sanciones.

El mismo problema tendría la rescisión del contrato de prestación de servicios en caso de una infracción, puesto que si no se establece en el contrato esta causal de rescisión, no se podría considerar la infracción como un incumplimiento, ya que hay que recordar que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse a la voluntad de una de las partes.

En cuanto a la expulsión de la Bolsa de Valores, debemos analizar si se está coartando la garantía constitucional de la libertad de trabajo, ya que los órganos que aplican este Código no son autoridades, ni tampoco son obligatorias sus resoluciones fuera de la comunidad bursátil, por lo que debería analizarse si incurren en algún tipo de responsabilidad por esta actuación.

Para solucionar los vicios de este Código de Ética, creemos que es necesario que estas disposiciones se eleven a ley positiva, lo cual permitiría una eficaz aplicación sin posibilidad de que los infractores evadan las resoluciones en su contra impugnándolas por vías legales.

Por último, debe mencionarse que en materia bancaria no hay ningún documento parecido a este Código de Ética, sin embargo sería recomendable establecer criterios similares en disposiciones legales para normar y sancionar el actuar de los miembros de la comunidad bancaria.

G.- EL SECRETO EN MATERIA DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CREDITO

La Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito es omisa respecto de la confidencialidad que deben guardar este tipo de sociedades con relación a la información que reciben de sus clientes, sin embargo, el Artículo 10 de dicha Ley permite la supletoriedad de "las leyes mercantiles, los usos mercantiles en las organizaciones y actividades auxiliares del crédito y el derecho común... en el orden citado".⁴⁶

Así pues, se podría permitir una supletoriedad del Artículo 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito por una disposición expresa de Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, pues señala en forma demasiado general "Leyes Mercantiles". Sin embargo consideramos que se debe entender que dichas leyes suplen bajo un principio de especialidad en el tema que regulan.

No podemos afirmar que la obligación del secreto bancario deba aplicarse a las organizaciones y actividades auxiliares del crédito, ya que como sustenta Méjan, la suplencia no aplica porque no es que la norma no regule, sino que no existe norma que suplir.⁴⁷

⁴⁶ Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, 2da Edición, México, Código de Comercio Serie Jurídica, McGraw-Hill, 1996, p. 514.

⁴⁷ MEJAN, Luis Manuel, *Op. Cit.*, p. 283-285.

Por otro lado, el citado autor también se opone a la aplicación de la institución por analogía, por considerarla de difícil sustento ya que la considera una norma compleja.⁴⁸

En contraposición a este argumento, puede mencionarse que la intermediación en el crédito es realizada tanto por las instituciones de crédito como por las organizaciones y actividades auxiliares del crédito, sin embargo, como su nombre lo indica, las primeras lo hacen de una manera principal, y las segundas de manera auxiliar, lo cual permitiría una aplicación adecuada a la naturaleza de cada una de las organizaciones y actividades.

Regresando al Artículo Décimo de la Ley, podemos decir que los usos mercantiles podría ser la clave para sustentar el secreto en estas instituciones, ya que esta obligación data de la Ley de 1941 y ha conseguido arraigo entre los usos mercantiles.

En contrapartida a lo anterior, se encuentra la facultad de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores de inspección y vigilancia, contenida en los Artículos 56 a 64 de su Ley respectiva, los cuales remiten a los Artículos 133 al 143 de la Ley de Instituciones de Crédito, que por cuestiones de método se estudian más adelante.

Podemos concluir que no se pueden aplicar las disposiciones del secreto bancario como supletorias a estas organizaciones y actividades, puesto que el secreto de dichas organizaciones y actividades se reglamenta de manera negativa con las facultades que tiene la Comisión Nacional Bancaria y de Valores de inspección y vigilancia.

H.- EL SECRETO DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS

La Ley de Instituciones de Fianzas⁴⁹ no sólo contempla la facultad de Inspección y Vigilancia de la Comisión, sino que en su Artículo 126 señala literalmente:

⁴⁸ *Idem*, p. 285.

"Los informes que las instituciones de fianzas adquieran respecto a los solicitantes de garantías o de quienes ofrezcan contragarantías, serán estrictamente confidenciales, aún cuando se refieran a infracciones de leyes penales y se consideran solicitados y obtenidos en un fin legítimo y para la protección de intereses públicos, sin estar sujetos a investigación judicial."

En este caso, el legislador consideró que este tipo de información debe ser confidencial, relevando inclusive a la misma institución de fianza de la obligación de dar información a la autoridades judiciales.

Méjan considera que la situación de la confidencialidad en este caso se presenta de manera distinta, ya que la institución tiene el derecho de preguntar toda la información necesaria del beneficiario, al fiado, solicitante, obligados solidarios y contrafiadores (Artículo 93 y 118 Bis).⁵⁰

Consideramos que lo anterior no justifica la absoluta confidencialidad, ya que en un momento dado la institución puede ser requerida a proporcionar información determinada en un proceso judicial donde su cliente sea parte, pudiendo perjudicar incluso al fiado, quien es su cliente.

En este caso no hay aplicación supletoria por haber disposición expresa, pero la confidencialidad absoluta que se le impone a las fiadoras, es quizá porque en este caso, el legislador consideró que dicha información no sería necesaria en un proceso, pero sería recomendable que se le permitiera pedir autorización a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para proporcionar la información en determinados casos.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ MEJAN, Luis Manuel, *Op. Cit.*, pp. 281 y 282.

I.- EL SECRETO EN MATERIA DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS

La Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, así como la Ley sobre el Contrato de Seguro, son omisas respecto de la confidencialidad, sin embargo, en este caso, es imposible sustentar una suplencia de otra ley, ya que para aplicar ese tipo de analogía solamente podría ser respecto del Código de Comercio como ley marco de todos los actos mercantiles.

Por otro lado, la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros contiene facultades de inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, por medio de las cuales las instituciones de seguros y fianzas pueden dar a conocer lícitamente información de los clientes de las instituciones de seguros, la cual está sujeta al Reglamento de la propia Comisión en materia de inspección y vigilancia.⁵¹

La misma conclusión puede establecerse en este caso que en el punto anterior, ya que resulta incongruente que el legislador regule en materia de fianzas, pero no así en seguros y sociedades mutualistas, por lo que se debería incluir por lo menos un Artículo que obligue a la confidencialidad de estas sociedades.

J.- EL SECRETO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

⁵¹ Todas las disposiciones citadas se encuentran en Seguros y Fianzas, 33^{va} Edición, México, Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1997.

La ley marco que regula en primera instancia la confidencialidad en la seguridad social es la Ley del Seguro Social⁵² publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995.

Dicha Ley establece en su Artículo 22 establece que toda la información que le proporcionen los trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social será confidencial, con la excepción de los juicios entablados en contra del Instituto o de los que fuera parte.

Este primer párrafo establece una obligación impuesta al Seguro Social respecto de la confidencialidad de la información de los asegurados, sin embargo, el segundo párrafo de la disposición liga a los participantes en el Seguro de Ahorro para el Retiro a esta confidencialidad, pero a su vez la sujeta a las reglas generales que emita la Comisión Nacional de Seguros de Ahorro para el Retiro (CONSAR).

Dentro del nuevo esquema de los fondos para el retiro, encontramos las llamadas administradoras de fondos para el retiro (AFORES), las cuales por las funciones que realizan necesitan determinada información de los asegurados, misma que está sujeta a normas de confidencialidad.

De acuerdo con Méjan⁵³, una de las posibles razones para establecer normas de confidencialidad fue precisamente la vinculación que tienen estas AFORES y sus respectivas sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro (SIEFORES) con los grupos financieros a que pertenecen, pudiendo ser comercialmente hablando, el canal idóneo para que otras empresas financieras controladas obtengan datos personales de los asegurados, y usando estos datos, les presten servicios financieros.

⁵² Ley del Seguro Social, México, SISTA, 1996, p. 7.

⁵³ *Idem*, pp. 286-290.

Esta disposición se presenta para evitar un conflicto de intereses entre los participantes⁵⁴ y los asegurados, por lo que redondeando la disposición, se señala que los participantes no podrán usar la información para fin distinto a lo previsto, dándole un carácter de información privilegiada (Art. 67), e imponiendo sanciones tales como la destitución (Art. 16, Fracción XV), la revocación de la concesión para operar la Base de Datos Nacional de SAR⁵⁵ (Art. 61, Fracción VI), multas (Art. 100 Fracción XIX) y comisión de delitos (Arts. 100, Fracción XIX, 106 y 107).

En este sentido se emitió la Circular 23-1 denominada "Reglas Generales sobre la divulgación y confidencialidad relacionada con la información del seguro para el retiro, cesantía en edad avanzada y vejez que conozcan las empresas operadoras de la Base de Datos Nacional SAR y las Administradoras de Fondos para el Retiro"⁵⁶.

En la CUARTA de estas Reglas se establecen las prohibiciones que tienen las operadoras de bases de datos, de dar a conocer:

- I. La emisión de cédulas de determinación que elabore el IMSS.
- II. Los números de registro patronal, nombre y domicilio de los patrones correspondiente al Catálogo de Patrones del IMSS.
- III. El número de seguridad social, salario, domicilio y número telefónico de los trabajadores que no hayan elegido administradora.

Por otro lado, la Regla QUINTA, establece que la operadoras solamente podrán proporcionar información a las administradoras, en los casos que específicamente la Ley los faculte para ello, poniendo con ello un candado que evite el uso indebido de información.

⁵⁴ Debemos entender por participantes a las Administradoras de Fondos para el Retiro, Sociedades de Inversión Especializada en Fondos para el Retiro, Empresa Operadora de la Base de Datos Nacional del SAR, Entidades Receptoras de Aportaciones de Seguridad Social y el Instituto Mexicano del Seguro Social.

⁵⁵ Actualmente operada por Procesar, S.A. de C.V.

⁵⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de diciembre de 1997 y puesta en vigor al día siguiente.

Asimismo, la Regla SEXTA establece que toda información que se transmita entre la operadora y las administradoras, deberá ser por medios electrónicos, lo cual permite una mayor confidencialidad pues reduce el acceso de la información a pocas personas.

No obstante lo anterior, existen una Ley de Sistemas de Ahorro para el Retiro y su Reglamento, las cuales tienen mayor jerarquía que las circulares de la CONSAR.

En materia de confidencialidad la Ley establece un manejo restringido de la información estableciendo que el Operador de la Base de Datos Nacional del SAR, no puede develar información sino hasta diez años después de terminada su concesión. A este respecto, Méjan⁵⁷ opina que no sólo se le impone un término de caducidad a la información, sino que también se le reduce la facultad de usarla a su discreción después del término.

Opinamos que este criterio es válido, y que se trata de una disposición criticable de la Ley, sin embargo, también hay que considerar que la citada base de datos después del período señalado sería presumiblemente inservible para fines comerciales por su falta de actualización.

Además de las anteriores normas, encontramos que hay facultades de inspección y vigilancia de la CONSAR respecto de los participantes, la cual está plasmada en los Artículos 91 y 113 de la Ley, por los cuales la Comisión puede solicitar información a los participantes, haciéndose la aclaración que esta información es estrictamente confidencial, salvo la que pueda ser conocida por el público en general, siendo responsables por la divulgación ilícita.

Por otro lado, encontramos que el asegurado no sólo tiene derecho a pedir información sobre su cuenta, sino que es obligación de la AFORE proporcionarles periódicamente un estado de cuenta, en cuyo caso contrario se le podrá imponer una sanción por el incumplimiento de dicho precepto.

⁵⁷ MEJAN, Luis Manuel, *Op. Cit.*, pp. 287 y 288.

Estas disposiciones en materia de Seguridad Social representan una reglamentación hecha con buena técnica jurídica establecida para proteger los intereses del público (lo que también sucede con el secreto bancario).

De lo anterior podemos decir que el secreto bancario presenta varias deficiencias respecto de la confidencialidad en la seguridad social, tales como prohibiciones específicas sobre lo que no pueden proporcionar los participantes, la manera de proporcionar la información y la duración de dicha obligación.

Estas disposiciones nos muestran como el legislador trató de adecuar la ley a la realidad que veía en ese momento. Por otro lado, vemos que las disposiciones del secreto bancario han seguido una idea similar a través de las legislaciones bancarias mexicanas.

El verdadero problema no es la continuidad en las regulaciones del secreto bancario, sino que las legislaciones no se estudian a fondo y por lo tanto, no se reforman las deficiencias de dicho secreto.

CAPITULO V

BREVE HISTORIA DEL SECRETO BANCARIO

A.- HISTORIA GENERAL

De acuerdo con Max Weber en su Historia Económica General, la función de la banca se remonta desde la historia antigua, cuando los sacerdotes de los templos de Eridon, Sippar y Babilonia guardaban en depósito las cosas sagradas.⁵⁸

El Templo Rojo de D'Orouk (3400 a 3200 a.C.) entre el Tigris y Eufrates es conocido como el primer establecimiento bancario. En dicho Templo, los sacerdotes comerciaban en nombre de los dioses. Las primeras operaciones eran préstamos de cereales a bajo interés, así como adelantos a los esclavos y prisioneros para adquirir su libertad. Todas las operaciones eran en especie.⁵⁹

El manejo de las operaciones bancarias por medio de los templos deviene en una consecuencia natural de arcano y sigilo, y de acuerdo con Weber: "siendo los propios dioses los guardianes de todo aquello que se encontraba dentro de los templos"⁶⁰

Por otro lado, el Templo de Delfos era lugar de depósito de tesoros y caja de ahorro de esclavos.⁶¹

En Grecia comienza la secularización de la actividad bancaria, pero por su función, los banqueros se convierten en "...consejeros y confidentes de su cliente, gracias a su conocimiento

⁵⁸ WEBER, Max, "Historia Económica General", citado en CAZORLA PRIETO, Luis María, "El Secreto Bancario", Madrid, España, Ministerio de Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales, 1978, p. 36-38.

⁵⁹ DAUPHIN-MEUNIER, A., "Histoire de la banque", citado por FAHRAT, Raymond, "Le secret bancaire", p. 14, y tomado por CAZORLA PRIETO, *Op. Cit.*, p 36.

⁶⁰ *Idem*, *Op. Cit.*, pp. 37 y 38.

de la legislación. Esto nos lleva a pensar que sobre la profesión de banquero empezaban a constituirse reglas, unas legales, otras morales. En esta última categoría podría situarse el secreto bancario."⁶²

Con los *argentarii* romanos se logra separar totalmente lo religioso de lo bancario. Estos banqueros llevaban tres tipos de libros: una especie de libro diario, el *Codex Accepti et Expensi* que era un libro de caja, y el *liber rationum* o libro mayor. Dichos libros debían mantenerse en el misterio propio de la banca.⁶³

En la Edad Media, el secreto era parte ética de los negocios de esta naturaleza. La Orden de los Templarios y algunas ordenes de caballería que realizaban funciones de banca estaban obligadas al secreto.⁶⁴

La primera disposición en relación al secreto bancario es una disposición administrativa francesa del 2 de abril de 1639 relativa a la Bolsa de París que disponía que los asuntos de la Bolsa no debían ser conocidos mas que por aquellos que participan en ella.⁶⁵

Un reglamento francés de octubre de 1706 establece en su Artículo 8º el secreto para los negocios de banca, cambio, comercio y finanzas, el cual dice literalmente:

"Cuenta tenida de que el secreto es absolutamente necesario en las negociaciones de banca, cambio, comercio y finanzas, que éstas se consuman en su mayor parte en la ciudad, en cuadernos de notas y libros de cuentas, que no es posible llevarlos en forma regular y que a menudo se presentan varios agentes comerciales confusamente para hacer negociaciones, se establece que el secreto de las negociaciones no podrá ser revelado, y que la representación o

⁶¹ *Idem*, Op. Cit., p. 38.

⁶² FAHRAT, p. 41, citado en CAZORLA PRIETO, Op. Cit., p. 39.

⁶³ FAHRAT, Op. Cit. cita a Colling, A., "Banque et banquiers de Babylone a Wall Street", 1962, p. 18. Tomado de CAZORLA PRIETO, Op. Cit., p. 41 y 42.

⁶⁴ ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 335.

⁶⁵ *Idem*.

comunicación de los registros no podrá ser concedida cualquiera que sea el pretexto o la causa que se esgrima, de conformidad con el Artículo 9 del título III del edicto del mes de marzo de 1673" ⁶⁶

El 13 de agosto de 1720 y de 1724 el Consejo de Estado francés dictó disposiciones referentes al secreto bancario ⁶⁷

Durante el Siglo XX, algunos países han establecido un secreto bancario muy rígido para captar recursos del extranjero. Los países mas representativos de esto son: Suiza, Líbano y Luxemburgo.

La Legislación Suiza en materia de secreto bancario ha sido el ejemplo de las legislaciones de muchos países. Desde hace mucho, los banqueros suizos aprendieron el valor de la discreción en su negocio.

En este tipo de cuenta solamente un número reducido de altos empleados del banco conocen el nombre del titular de la cuenta. Dichas cuentas fueron desarrolladas durante la Segunda Guerra Mundial, en la cual, muchos hombres de negocios judíos fueron perseguidos por el Servicio Secreto Alemán y la KGB Rusa. Dichos hombres de negocios decidieron utilizar ese tipo de cuenta para proteger su patrimonio. ⁶⁸

Para abrir una cuenta numerada es necesario identificarse ante el banco y además el banco tiene la facultad de pedir referencias del titular de la cuenta antes de aceptar el dinero. ⁶⁹

Aún cuando existe este control se han presentado muchos abusos porque es muy difícil identificar cuando se pretende lavar dinero u ocultarlo. No es muy claro el uso que se le ha dado al secreto bancario en Suiza, pero muchos autores han señalado que ha servido para ocultar

⁶⁶ Se refiere a la *Grande Ordonnance sur le Commerce* (la Gran Ordenanza de Comercio de Colbert) que en su Título III, párrafo 9 establece el secreto de los libros de comercio en general. Citado en PACHECO PULIDO, Guillermo, "El Secreto en el Vida Jurídica", 2da edición, México, Porrúa, 1996, p. 23.

⁶⁷ ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 335.

⁶⁸ VICKER, Ray, "Those Swiss Money Man", EE.UU., Charles Scriben is Sons, EE.UU., 1973, p.10.

⁶⁹ *Idem*, p. 11.

fortunas como la de Juan Perón, expresidente de Argentina, el financiamiento a la guerrilla del Congo de Moise Tshombe expresidente de Zaire, así como algunos movimientos terroristas del Medio Oriente.⁷⁰

Uno de los beneficios que ofrece Suiza es que en este País la evasión fiscal no es delito, por lo que muchos extranjeros, especialmente americanos, invierten en los bancos suizos para escapar de los altos impuestos de su país.⁷¹

Es lógico que Suiza sea uno de los centros financieros mas importantes del mundo, puesto que los Banqueros Suizos se han considerado como personas de alta ética moral, ha sido un país sin guerras y con estabilidad económica, además de que siempre ha respetado su secreto bancario a pesar del constante acoso del Servicio de Rentas Internas de los EE.UU. ("*Internal Revenue Service*" o "*IRS*").⁷²

Lo anterior no es el único atractivo de las inversiones en Suiza. Muchos consultores fiscales y banqueros obtienen atractivos rendimientos para sus clientes aún después de pagar los impuestos correspondientes. Además, dichos consultores y banqueros ofrecen muchas estrategias lícitas para no pagar impuestos.⁷³

El Secreto Bancario Suizo deriva de que el Pueblo Suizo considera que el bien particular debe superponerse al bien común, es más, el último es casi inexistente. Como ejemplo de lo anterior, el 19 de agosto de 1967 se publicó en el Periódico "El Cronista Comercial" un comentario del entonces Presidente de la Confederación Helvética afirmando que la circunstancia de que a los bancos no se les imponga la obligación de informar respecto de sus clientes no era consecuencia del secreto bancario "si no de la legislación fiscal suiza que, con raras excepciones, no concede a las autoridades fiscales el poder de escuchar a testigos,

⁷⁰ *Idem*, p. 11.

⁷¹ *Idem*, p. 13.

⁷² *Idem*, p. 12.

⁷³ *Idem*, p. 13.

imponiendo únicamente al contribuyente el deber de comunicar los datos necesarios...Para nuestro Pueblo, lo intereses puramente fiscales van precedidos de la libertad de la persona, incluso si a veces se abusa de esta libertad" ⁷⁴

Aún cuando la Ley Bancaria Suiza de 1934 establece el secreto bancario desde su publicación, muchas decisiones de las Cortes Suizas han sostenido que el secreto bancario está implícito en cualquier relación contractual

"El deber de secreto es una parte de cualquier relación contractual entre un banco y su cliente, el contrato no necesita especificar esta Cláusula. La violación de esta privacidad significa una violación de un deber contractual aceptado, pero al mismo tiempo una violación al derecho del cliente de que se observe el secreto como consecuencia de sus derechos personales". ⁷⁵

Por otro lado, hay que mencionar que el tener dinero en Suiza también tiene sus desventajas. Durante los años 70's, la captación bancaria suiza creció aproximadamente 70%, lo que provocó el deterioro de los servicios a clientes pequeños y medianos. Además las comisiones bancarias comenzaron a ser excesivas ⁷⁶

Por su parte, Libano desde el 3 de septiembre de 1956 publicó en Beirut la Ley del Secreto Bancario. Por medio de esta Ley Libano se convertiría en una "Zona de Libre Bancaria", lo cual implica que los bancos libaneses no pueden violar en forma alguna el secreto bancario, requiriendo para ello autorización del Ministerio de Finanzas. ⁷⁷

Resulta increíble que en Octubre de 1966, diez años después de la publicación de dicha Ley, un pequeño banco libanés, el Intra Bank, S A. de Beirut, tuvo un crecimiento impresionante

⁷⁴ MALAGARRIGA, *Op. Cit.*, p. 120.

⁷⁵ VICKER, *Op. Cit.*, p. 269.

⁷⁶ *Idem.* p. 328.

en sus depósitos de \$200,000,000 de Dólares Americanos y contaba con sucursales en Suiza y Medio Oriente, representando el 20% de la Banca Libanesa Sin embargo, en dicho año sobrevino una crisis financiera a ese Banco por diversos motivos internacionales y el Banco Central de Líbano no pudo rescatarlo de ese desastre.⁷⁸

Aún con este desastre económico, el Líbano ha jugado un papel muy importante en el desarrollo mundial del secreto bancario

Por último, tenemos al secreto bancario en Luxemburgo, el cual se considera como "el secreto mejor guardado de Europa", país que después del escándalo entre los años 1988 y 1991 del Banco de Crédito y Comercio Internacional ("*Bank of Credit & Commerce International*"), en el cual la CIA de los Estados Unidos reveló que dentro de las cuentas de dicho Banco se encontraban las del General Manuel Noriega por lavado de dinero, el financiamiento de armas a Irán y a los terroristas árabes, por lo que Luxemburgo tuvo que revisar sus leyes bancarias para reformarlas y recobrar su credibilidad frente a los inversionistas extranjeros.⁷⁹

Debido a que Luxemburgo produce muy pocos productos su industria es la actividad bancaria Aun cuando es un país muy pequeño, se calcula que durante 1989 tenía el 11.5% del mercado bancario europeo Esto también se debe a que Luxemburgo no tiene barreras a la inversión extranjera en bancos, por lo que muchos bancos europeos abren sucursales en dicho País⁸⁰

La Ley de Instituciones de Crédito del 23 de abril de 1981 fue la primer Ley que reguló el secreto bancario como tal. El Artículo 16 de dicha Ley dice:

⁷⁸ MARTINDALE-HUBELL, "International Law Digest", EE.UU., R.R. Donnelly & Sons Company., 1997, "LEBANON LAW DIGEST".

⁷⁹ LEES, Francis A., "International Banking and Finances", Ed. McMillan, 1973, pp. 185-187.

⁸⁰ ALLEN, Brian R., "The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and Bank of Credit and Commerce International. The Best Kept Secret in Europe", TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 28, No. 1, Winter, Austin, Texas, E.U.A., pp. 73-75.

⁸⁰ *Idem.*, p. 85 y 86.

"En derogación del Artículo 458 del Código Penal (*secreto profesional*), el cual prohíbe a los administradores, miembros del consejo de administración y del consejo de vigilancia, gerentes y otros empleados de las instituciones referidas en el Artículo 1 de esta Ley de revelar los secretos confiados a ellos por su cargo, las personas que manejan dichas instituciones pueden revelar a cualquier persona que tenga por lo menos la mitad del capital o fondos de la institución información en relación a:

- a) La cantidad, la forma, y las fechas de pago de los créditos otorgados al deudor, si el total de los préstamos excede una cierta cantidad o un coeficiente respecto de ciertos elementos en el balance de la institución;

- b) La cantidad, la forma y la fecha de pago de las obligaciones contra otra institución de crédito, si el total de estas obligaciones excede una cierta cantidad o un coeficiente respecto a ciertos elementos en el balance de la institución.

Las cantidades y coeficientes referidos en los incisos a) y b), así como en el caso de la modalidad de la revelación serán determinadas por las Regulaciones del Gran Duque."⁸¹

Por otro lado, el 7 de julio de 1989 se publicó una Ley que establecía severas penas para los administradores de los bancos que participaran en el lavado de dinero.⁸²

En Luxemburgo, la confidencialidad comienza desde la apertura de la cuenta, y se mantiene mediante un Sistema denominado "*Hold Mail*", por el cual el banco retiene todo tipo de

⁸¹ *Idem*, p. 89 y 90.

⁸² *Idem.*, p. 90.

documentación relacionada con la cuenta hasta que el cliente la recoja.

Aún cuando el cliente está involucrado en un juicio penal, el banco no puede revelar información a nadie, y la violación a este precepto se castiga con una severa multa

Entre las posibles reformas a la Ley Bancaria de Luxemburgo que se han pretendido hacer se encuentran:

1 - Que el Gobierno derogue todas las disposiciones legales del Secreto Bancario. Sin embargo, esto forzaría a los bancos a ofrecer en secreto estos servicios a sus clientes;

2.- Que los clientes firmen una carta renunciando a ese privilegio en determinadas circunstancias, pero está sujeto a que el cliente lo firme; y

3.- Permitir que el Banco Europeo supervise el lavado de dinero en Luxemburgo, pero esto provocaría que Estados Unidos también quisiera intervenir por que sus intereses están involucrados debido a que la mayoría de los inversionistas son deudores del fisco americano.

Lo que queda claro es que Luxemburgo necesita de una reforma que regrese la credibilidad de las grandes potencias económicas para seguir recibiendo inversiones extranjeras.

Por otro lado, existen los llamados Centros Financieros Offshore, que son los bancos que realizan operaciones fuera de la jurisdicción donde originalmente se constituyeron.⁸³

Estos Centros financieros pueden o no estar en paraísos fiscales, que son aquellas jurisdicciones orientadas a la eliminación del pago de elevadas tasas de impuestos, tales como Bahamas, Barbados, Bermuda, Gran Cayman, Channel Islands, Liechtenstein, Luxemburgo e incluso, Suiza.⁸⁴

Otra característica de estos Centros es la estabilidad política, el bajo nivel de inflación y las garantías de que las inversiones nunca serán expropiadas, además de que normalmente se

⁸³ SANS, Katherine M., "Bancos Offshore", Memorias Felabán, Vol. 7, Colombia, 1991, Ed. Felaban, p. 163.

⁸⁴ *Idem.*, p. 164.

sitúan cerca de puertos e importantes puntos de comercio internacional.⁸⁵

Muy pocos Centros Financieros Offshore tienen firmados tratados de intercambio de información, por lo que muchas veces han sido usados para lavar dinero. Sin embargo, los Bancos en jurisdicciones Offshore se han visto obligados a suministrar información respecto de sus clientes acusados de narcotráfico.⁸⁶

Para concluir este Apartado, es importante hablar del secreto bancario en los Estados Unidos de América. No cabe duda de la influencia económica que tiene este País en la economía mundial.

En los Estados Unidos existe un vacío doctrinal en relación con el secreto bancario, por lo que se regula por la *Bank Secrecy Act de 1970* y por las resoluciones judiciales.⁸⁷

La *Bank Secrecy Act de 1970* (Ley del Secreto Bancario) permite al Secretario del Tesoro de los Estados Unidos pedir a los bancos y demás intermediarios financieros que guarden los registros de todas las operaciones de sus clientes y se las proporcione para efectos fiscales.⁸⁸

Las resoluciones judiciales sostienen la teoría del contrato implícito, la teoría de la relación fiduciaria y la protección a la intimidad proporcionada por la cuarta enmienda.

En relación con el contrato implícito se basa en una decisión de las Cortes Inglesas en el caso "*Tourmer vs. National Provincial*" en la que se declaró que el contrato bancario con un cliente implica que no se debe revelar la información proporcionada, salvo que sea por requerimiento judicial.⁸⁹

En relación con la fiducia, se consideró en el Caso *Humana, Inc. vs. American Medicorp, Inc.* que la relación entre el cliente y el banquero es fiduciaria, por lo que el banquero no puede

⁸⁵ *Idem.*, p. 169.

⁸⁶ *Idem.*, p. 168.

⁸⁷ WESSLING, Robert B., "Banking: Disclosure of Records. The duty of a bank as to customer information", MICHIGAN LAW REVIEW, Vol. 60, EE.UU., 1962, pp. 781 y 797.

⁸⁸ CAMPBELL BLACK, "Dictionary of Law", EE.UU., 1990, 6ta ed., St. Paul Minnesota Publishers, p. 148.

⁸⁹ CHAO, Howard, "Washington Steel Corp. Vs. TW Corp. Bank Confidentiality in Corporate Takeovers", CALIFORNIA LAW REVIEW, Vol. 68.153, EE.UU., 1980, pp. 154 y 155.

utilizar esa información más que para servir a su cliente.⁹⁰

Por último, se considera que la Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que garantiza el respeto a la propiedad privada, puede fundamentar el secreto bancario. Sin embargo, todavía se discute si la información obtenida por el cliente es del mismo, si pasa a ser propiedad del banco o si ninguno de los dos tienen derechos sobre ella.⁹¹

B.- HISTORIA DE MEXICO

El Código Penal Mexicano de 1871 sancionaba dentro de su libro tercero el delito de Revelación de Secretos Debido a las opiniones de Martínez de Castro se excluía de responsabilidad al profesionista y el confesor cuando se revelaba previo consentimiento libre y expreso.⁹²

No hay una disposición respecto del secreto bancario propiamente dicho hasta 1897, año en el cual, la Ley General de Instituciones de Crédito prohibía en la Fracción II de su Artículo 115 a los interventores de Hacienda intervenir en la administración de los negocios de los bancos y comunicar a quien quiera que fuese, datos e informes relativos a ellos.⁹³ En el Artículo 116 establecía severas penas para los infractores.⁹⁴

El Artículo 71 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 prohibía que los establecimientos bancarios dieran noticia sobre el importe de las cantidades que tuvieran en depósito de una persona, compañía o empresa, salvo que lo pidiera

⁹⁰ *Idem.*, p. 155 al 157

⁹¹ VARIOS AUTORES, "Government Access to Bank Records", YALE LAW JOURNAL, Vol. 83, EE.UU., 1974, pp. 1443-1449.

⁹² PRIOR HERRERA, León, "La Protección Penal del Secreto Bancario", México, 1951, Tesis de la U.N.A.M. para obtener el Título de Licenciado en Derecho, p. 25.

⁹³ ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 336.

⁹⁴ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 22

el depositario o representante legal, o la autoridad judicial mediante providencia judicial dictada en juicio.⁹⁵

Esta Ley se refiere exclusivamente a los bancos de depósito, pero por remisión expresa de los Artículos 55 y 141 es aplicable también a todas las instituciones de crédito, establecimientos bancarios, agencias o sucursales de la banca extranjera y todos los establecimientos que dicha Ley reconocía, estableciendo sanciones en caso de revelación ilegítima.⁹⁶

Por otro lado, el Artículo 101 faculta a los inspectores de Hacienda a solicitar información sin detalle alguno, salvo que lo autorice Hacienda en cada caso concreto. El mismo Artículo otorga a los bancos la facultad discrecional de conceder la información para fines de inspección.⁹⁷ Por decreto presidencial de Plutarco Elías Calles, el 24 de diciembre de 1924 se crea la Comisión Nacional Bancaria (publicada en el Diario Oficial número 38 del 31 de diciembre).⁹⁸

El 25 de agosto de 1925 se reformó la Ley, en su Artículo 71 permitiendo que la recién creada Comisión Nacional Bancaria y las Autoridades Fiscales pudieran obtener noticia de las cantidades depositadas.⁹⁹

Dicha reforma modificó el Artículo 101 otorgando a los inspectores fiscales facultades como si se tratara de los "comisarios" de la sociedad, permitiéndoles solicitar a los gerentes de los bancos la información pormenorizada, y en caso de negárselas, podían acudir a la Comisión para que esta apercibiera al banco con la suspensión total o parcial de operaciones.¹⁰⁰

El 30 de junio de 1926 se creó la Ley de Bancos de Fideicomiso estableciéndose en su Artículo 46 que dichos bancos no podían hacer públicas las operaciones que les habían sido

⁹⁵ ACOSTA, *Op. Cit.*, p. 336.

⁹⁶ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 22 y 23.

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ VARIOS AUTORES, "Comisión Nacional Bancaria", México, Fondo de Cultura Económica, Nueva Cultura Financiera, 1993, p. 23.

⁹⁹ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 23 y 24.

¹⁰⁰ *Idem.*

encomendadas, salvo que se hiciera por medio de una orden judicial. El Artículo 86 señala como supletoria a la Ley General de Instituciones de Crédito.¹⁰¹

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926 en sus Artículos 260 (antes 71) y 283 (antes 101) reglamentaban de una forma similar a la anterior Ley. Además el Artículo 142 (46 de la Ley de Bancos de Fideicomiso) estableció en el mismo ordenamiento dicha prohibición a los bancos de fideicomiso.¹⁰²

Paralelamente a la publicación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en 1932, se emite la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, que establece en su Artículo 43 las disposiciones relativas al secreto bancario.¹⁰³

Dicha ley bancaria solo establece el secreto bancario para depósitos a la vista y para instituciones de crédito. Otro cambio importante es que las autoridades fiscales no tenían facultades para solicitar información. Además se suprime el secreto fiduciario.¹⁰⁴

De acuerdo con el Artículo 169 Fracción X, la Comisión Nacional Bancaria tiene facultades de proporcionar información a las instituciones de crédito que lo soliciten respecto de créditos concedidos a una determinada persona, antecedente directo del SENICREB. Por otro lado los bancos tienen la obligación de informarle al Banco de México respecto de la solvencia de bancos asociados.¹⁰⁵

Los inspectores de la Comisión estaban facultados conforme al Artículo 168 Fracción I a revisar los libros de contabilidad, papeles y correspondencia de los bancos o establecimientos que inspeccionen.¹⁰⁶

El 30 de agosto de 1934 se hace extensiva la prohibición del secreto bancario a las

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 336.

¹⁰³ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁰⁴ *Idem.*, p. 25 y 26.

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Idem.*

siguientes instituciones: financieras, almacenes generales de depósito, cámaras de compensación, bolsas de valores y uniones de crédito.¹⁰⁷

De acuerdo con Méjan la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 es la legislación bancaria que marca la madurez de esta rama del Derecho en México. Esta afirmación está fundada en que dicha Ley fue la primera aprobada por el Congreso, ya que las anteriores habían sido emitidas por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias.¹⁰⁸

Esta Ley contiene muchas reformas substanciales en relación con las anteriores, entre las cuales se encuentra el Artículo 14 que busca la concentración de los datos sobre créditos otorgados por los bancos en el Banco de México en lugar de hacerlo en la Comisión Nacional Bancaria como se estableció en la Ley de 1932.¹⁰⁹

Las facultades de los inspectores de la Comisión quedan establecidas en el Artículo 168 en una forma muy similar a la anterior Ley. Por otro lado, el Artículo 45 Fracción X establece el secreto fiduciario, y el 105 establece el secreto bancario incluyendo ya las demás operaciones bancarias.¹¹⁰

El 15 de junio de 1943, el Ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias, decreta una reforma que otorga a las autoridades hacendarias la facultad para requerir información a los bancos pero solamente a través de Comisión Nacional Bancaria.¹¹¹

El 29 de diciembre de 1956 se reforma la Ley estableciendo en el secreto fiduciario la facultad de la Comisión para solicitar información, ya que únicamente en el caso de que las partes del fideicomiso se encuentren en juicio, el juez que conoce de dicho juicio puede requerir

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem.*, p. 27.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 336.

¹¹¹ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 29.

información al banco.¹¹²

El 31 de diciembre de 1973 se reforma la Ley ajustando la nomenclatura de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros suprimiendo la parte de los Seguros. Por otro lado, se añade un párrafo que menciona expresamente que la revelación hecha en términos de ley no viola el secreto bancario¹¹³ evidenciando la revelación lícita que ya formaba parte implícita de las leyes anteriores.

Durante el año de 1982 México sufre una serie de devaluaciones que se tratan de controlar mediante una medida extrema: la nacionalización de la banca.

Para reglamentar esta nacionalización se expidió el 31 de diciembre de 1982 la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. Esta Ley señala en su Artículo 39 la obligación antes contenida en el Artículo 105 (secreto bancario), modificando únicamente la nomenclatura a Sociedades Nacionales de Crédito. En lo no previsto por esta Ley se aplican las disposiciones de la Ley anterior.¹¹⁴

El 14 de enero de 1985 se publica en el Diario Oficial una nueva Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional que sustituye a la de 1982. La exposición de motivos señala en términos literales:

"En lo referente a la protección de los intereses del público se mantienen inalterables las trascendentes figuras de los secretos bancario y fiduciario, soportes necesarios de la confianza de los usuarios del servicio..."¹¹⁵

¹¹² *Idem*, p. 30.

¹¹³ *Idem*, p. 30 y 31.

¹¹⁴ *Idem*, p. 32.

¹¹⁵ *Idem*, p. 33.

El Artículo 93 y 94 establecen las mismas reglas de los secretos bancario y fiduciario.¹¹⁶

El 18 de julio de 1990 se publica en el Diario Oficial la Ley de Instituciones de Crédito que nos rige. Dicha Ley en su Artículo Segundo Transitorio señala la abrogación de la Ley anterior.¹¹⁷

Asimismo, la Ley en su Artículo 6° señala que la Banca de Desarrollo se regirá por su respectiva Ley Orgánica, pero siempre es supletoria la Ley de Instituciones de Crédito.

En sus Artículos 117 y 118 reglamenta los secretos bancario y fiduciario utilizando básicamente los términos de las legislaciones anteriores.

Esta Ley permite el desarrollo de la banca por la iniciativa privada y en palabras de Méjan, esta legislación tiene muchas deficiencias, pero cumple con su propósito.¹¹⁸

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ Ley de Instituciones de Crédito, 2da Edición, México, Código de Comercio Serie Jurídica, McGraw-Hill, 1996, p. 206 y 207.

¹¹⁸ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 34

CAPITULO VI:

FUNDAMENTO Y JUSTIFICACION

A.- LA JUSTIFICACIÓN Y EL FUNDAMENTO

Antes de entrar al estudio sobre la justificación y el fundamento, es prudente desarrollar el significado que tienen estos dos términos.

Por justificación en un sentido gramatical entendemos "conformidad con lo justo", o "prueba convincente de una cosa".¹¹⁹

En un sentido más jurídico: Escriche define la justificación como "La prueba que se hace de alguna cosa con instrumentos ó testigos"¹²⁰, refiriéndose específicamente el autor al proceso probatorio en juicio.

Conjugando estas definiciones podemos concluir que la justificación es un juicio sobre la necesidad de que una determinada institución exista, siempre basándose en argumentos de derecho (en sentido amplio) que la califiquen de justa.

Por otro lado, debemos entender por fundamento, en un sentido gramatical: "Raíz, principio en que estriba y tiene su mayor fuerza una cosa no material".¹²¹

En un sentido más jurídico, se debe entender que son los argumentos que racionalizan, aclaran o generalizan la interpretación del Derecho. Así mismo, el fundamento jurídico

¹¹⁹ "Justificación", Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe, *Op. Cit* tomo XIV, p. 875 y 876.

¹²⁰ ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense", Comentarios por Juan Rodríguez De San Miguel, 1ra Reimpresión, México, U.N.A.M., 1996, p. 373.

¹²¹ "Fundamento", Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe, *Op. Cit.*, tomo XII, p. 620.

determina el origen y el sentido que se pretende dar a lo fundamentado, en este caso una institución. Al final, todo fundamento jurídico tiene su base en el valor de la justicia.¹²²

Actualmente el fundamento es entendido como un argumento basado meramente en el Derecho Positivo, lo cual es una visión reduccionista de las fuentes del Derecho, olvidándose que la doctrina, los usos y la costumbre tienen mucho que aportar a la ciencia y a la práctica jurídicas.

Ahora bien, es necesario aclarar la relación que existe entre la justificación y el fundamento jurídico.

La justificación se refiere fundamentalmente a lo justo o injusto de la institución referida, es un juicio de valor si dicha institución se estableció conforme a Derecho, mientras que el fundamento son argumentos jurídicos que nos permiten interpretar e integrar el alcance de la institución, orientando de alguna manera cómo debe ser dicha institución e incluso juzgando si se justifica su existencia o no.

Cuando una institución se plasma en derecho positivo, es común que el legislador fundamente el acto de creación de ley, expidiendo el documento denominado "Exposición de Motivos", conocida doctrinalmente como la *Ratio Legis* ó razón de la ley.

La *Ratio Legis* de acuerdo con la doctrina de Francois Géný (citada por Eduardo García Maynez) es "la finalidad perseguida por el legislador, es decir, las circunstancias sociales, económicas, técnicas, etc. por las cuales la ley fue elaborada, así como los problemas que pretendió resolver."¹²³

Esta *Ratio Legis* nos permite desentrañar el verdadero sentido que el legislador quiso dar a la ley, pero para una interpretación o integración de dicha ley es necesario analizar otro elemento denominado doctrinalmente *Occasio Legis*.

¹²² "Fundamento" y "Fundamento Legal", Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XII, Buenos Aires, Argentina, Diriskill, S.A., 1980, pp. 1064-1068.

Siguiendo con la teoría de Gény, la *Occasio Legis* son "las concepciones dominantes en el espíritu de sus redactores y las influencias, más o menos directas y profundas, de las legislaciones extranjeras".¹²⁴

En nuestro país vemos como la doctrina y legislación extranjeras han venido a complementar la técnica jurídica mexicana de una manera importante, muchas veces llegando al establecimiento de disposiciones alejadas de la realidad mexicana, tratando de crear una nueva sin antes solucionar los actuales problemas jurídicos mexicanos.

Normalmente en nuestro país, las disposiciones positivas y sus proyectos se presentan con la "Exposición de Motivos", la cual de manera breve expone las razones que el legislador tuvo para crear o modificar la ley (*Ratio Legis*), tratando de justificar un ordenamiento nuevo o la reformas a una ley preexistente. Sin embargo muchas veces no se exponen motivos de todas las instituciones contenidas en ley, provocando problemas para interpretar de manera auténtica los ordenamientos.

Como hemos señalado, la justificación no siempre se vuelve derecho positivo, y la doctrina durante muchos años ha venido supliendo las lagunas que dejan la ley y la exposición de motivos del legislador.

García Maynez señala que la ley contiene lagunas, pero el Derecho nunca¹²⁵, esto debido a que nuestro sistema está conformado de manera que las posibles lagunas sean resueltas por las otras fuentes del Derecho.

En este sentido es muy importante el papel que juega la doctrina en la integración de la ley, pues de ella puede derivar la aplicación de la misma en caso de obscuridad o de lagunas, pero debido a que la doctrina en México no es suficientemente rica y profunda, se rompe con el esquema de un Sistema Jurídico Hermético.

¹²³ GARCÍA MAYNEZ, *Op. Cit.*, pp. 339-341

¹²⁴ *Idem*, p. 341 y 342.

Concluyendo, se puede decir que la justificación de toda institución jurídica, se encuentra en que los fundamentos que la justifican estén basados en Derecho, siendo la justificación una consecuencia directa de su fundamento jurídico.

B.- TEORIAS QUE JUSTIFICAN Y FUNDAMENTAN EL SECRETO BANCARIO

La mayoría de los autores que han escrito sobre el secreto bancario, han expuesto un sinfín de teorías para justificarlo y fundamentarlo. Todas ellas han sido argumentadas a favor y en contra.

Entre las mencionadas teorías encontramos que algunas no son aplicables al sistema jurídico mexicano, pero la razón principal para explicarlas es precisamente saber porqué no son aplicables a nuestro sistema. Dichas teorías son las siguientes:

- 1.- Teoría de los usos y costumbres.
- 2.- Teoría del origen en el Derecho Positivo.
- 3.- Teoría del secreto profesional.
- 4.- Teoría de las responsabilidades.
- 5.- Teoría de la obligación contractual.
- 6.- Teoría de la protección de los intereses del público.
- 7.- Teoría de la protección a la actividad bancaria o del interés público.
- 8.- Teoría de la protección a la intimidad.
- 9.- Teoría Ecléctica.

1.- TEORÍA DE LOS USOS Y LAS COSTUMBRES.

Esta teoría es una de las más usadas a nivel mundial para justificar la existencia del secreto bancario. Aún cuando en algunos países la legislación es el fundamento último para justificar el secreto, se ha reconocido que la costumbre generó que el Derecho Positivo regulara este secreto.

Nos parece que un buen ejemplo de ello es Italia, donde la Corte de Casación dictó resolución en el sentido que el secreto bancario se ha vuelto fuente del Derecho, y por lo tanto vinculante.¹²⁶

Para entender cómo funciona esta teoría en México, primero hay que entender como están regulados los usos y la costumbre en nuestro sistema.

El concepto tradicional de costumbre en nuestra legislación es el derivado de la tradición romana, el cual considera que esta fuente del derecho tiene dos elementos esenciales: *Inveterato consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*.

La *inveterato consuetudo* la entendemos como la práctica suficientemente prolongada de una determinada conducta. Este elemento objetivo, no sólo requiere la repetición de actos, sino que también es necesario que esto sea de manera general en un determinado país o región.

El segundo elemento es la *opinio iuris seu necessitatis* o elemento subjetivo, la cual implica que dentro de ese país o región se le considere como jurídicamente obligatoria y de observancia general.¹²⁷

¹²⁶ El fallo de la Corte Italiana, de 18 de julio de 1974 fue el primero en reconocer que esta Institución tenía como fuente la costumbre, y fue reforzado por Artículos de todos los doctrinarios italianos de esa época, tales como Giacomo Molle, Mazzacuva, Salanito y Secchi Tarugi. Aún cuando debe aclararse que Molle patrocinó a una de las partes en ese caso. VERGARA BLANCO, *Op. Cit.*, pp. 31 y 32.

También puede verse MEJAN, Luis Manuel, *Op. Cit.*, p. 11.

¹²⁷ GARCIA MAYNEZ, *Op. Cit.*, pp. 61-64.

De acuerdo con la tradición Romana, hay diferentes tipos de costumbre: la *Secundum Legem*, la *Praeter Legem* y la *Contra Legem*.

La *Secundum Legem* es aquella que coincide con lo establecido por las leyes. En el caso de la *Praeter Legem* es la que se aplica supletoriamente cuando no hay disposición legal, considerada en la doctrina moderna como una costumbre subordinada dependiendo de la remisión expresa de la ley. La *Contra Legem* es aquella que contraría las disposiciones de los textos legales, la cual está expresamente prohibida en nuestra legislación.¹²⁸

No obstante lo anterior, hay que recordar que en el Derecho Clásico se consideraba una figura denominada la *Desuetudo*, que consiste en la pérdida de vigencia de una norma por la falta de práctica. Así pues, puede considerarse que actualmente una norma que únicamente otorgue derechos renunciables, se puede convertir en "letra muerta" por la *Desuetudo*, imponiéndose de esta forma la *Opinio Iuris* sobre el Derecho Positivo (Ulpiano, 26, 1; Gayo, 1, 111; 2, 103; 3 17).¹²⁹

Por otro lado, hay que señalar que la doctrina ha señalado que los usos son el elemento de la costumbre jurídica denominado *Inveterato Consuetudo*, el cual por la *Opinio Iuris* o por la voluntad de las partes se vuelve obligatorio.¹³⁰

Es importante señalar una fuente del derecho que se presenta fundamentalmente en el Derecho Mercantil por su flexibilidad: los usos.

Los usos se han definido como la fuente supletoria del Derecho Mercantil que "se forman por la práctica que de ellos hacen los comerciantes y pueden ser considerados como verdaderas normas de derecho, que, en algunos casos que son conocidos y en otros aún cuando no los sean, los impone la ley, deben ser acatados por los comerciantes"¹³¹.

¹²⁸ "Costumbre", Diccionario Jurídico Mexicano, 2da Edición, tomo I, México, Porrúa, 1987, pp. 766 y 777.

¹²⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, *Op. Cit.*, tomo V, p. 21.

¹³⁰ GARCIA MAYNEZ, *Op. Cit.*, p. 67.

¹³¹ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op. Cit.*, p. 40.

Los usos se han clasificado de acuerdo con su origen como convencionales y normativos.

Los primeros son reglas de conducta contractual que se presumen queridas por los contratantes, pero admitiendo prueba en contrario de que no se conocían o no han querido usarse.

Los segundos nacen de la voluntad de las partes, son prácticas profesionales que se aceptan tácitamente para interpretar o integrar los contratos, admitiendo la misma prueba en contrario señalada para los convencionales.

Conforme a un criterio de territorialidad, los usos son internacionales, nacionales o locales, aplicándose a los casos concretos o en la solución de controversias, primero los locales, luego los nacionales y al último los internacionales por un principio de territorialidad de las leyes.

Otra clasificación nos indica que los usos son generales o específicos, dependiendo de la materia que regulan. Así pues, los usos mercantiles son generales, mientras que los usos bancarios y bursátiles son específicos para estas determinadas rama del Derecho¹³².

Los principales problemas de los usos son la prueba de su existencia y su interpretación, ya que quien lo invoca debe probar estos aspectos para luego aplicarlos en su favor.

Esta afirmación se opone al principio procesal que "Sólo los hechos están sujetos a prueba, más no el Derecho, salvo el extranjero", sin embargo como Mantilla Molina sostiene, el juez puede ignorar el uso o aplicarlo de manera equivocada¹³³, o aún más, el juez puede aplicar un uso que ya no tiene vigencia en la práctica profesional.

Mantilla Molina señala que en algunos países las Cámaras de Comercio realizan recopilaciones de los usos, lo que conforme al autor, constituye una actividad legislativa, porque

¹³² VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op. Cit.*, pp. 40-42.

¹³³ MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Derecho Mercantil", 29ª, 1ra reimpresión, México, Porrúa, 1996, p. 51.

esa recopilación es un acto materialmente legislativo, y quitándole a los usos el elemento consuetudinario.¹³⁴

A lo anterior hay que señalar que en México la inscripción a las cámaras de comercio no es obligatoria¹³⁵. Aún más, los bancos, sujetos pasivos principales del secreto bancario, no tiene la obligación de inscribirse en estas cámaras.

Por otro lado hay que considerar que las resoluciones o compilaciones de dichas cámaras no pueden nunca superponerse a las disposiciones legales.

Algunos autores señalan que el uso es solamente el elemento objetivo de la costumbre, y se vuelve obligatoria cuando adquiere una *Opinio Iuris*, o cuando se plasma en un contrato.¹³⁶

Como hemos señalado, los usos son específicos en determinadas ramas, tal es la bancaria, donde los usos son expresamente permitidos por la Fracción II del Artículo 6º de la Ley de Instituciones de Crédito como una fuente supletoria, mientras no la contraríen.

En este caso, vemos que los usos bancarios son aplicados por disposición expresa de la ley. Estos usos revisten una característica especial, que son de acuerdo con Paolo Greco, inspirados en los intereses de las Instituciones de Crédito formalizándose principalmente en los llamados contratos de adhesión y en las políticas internas (por ejemplo: criterios para otorgar créditos, de administración de fideicomisos, etc.).¹³⁷

El autor señala que estos contratos son justificados por la intensa actividad contractual que tiene un banco, y la imposibilidad de acordar condiciones especiales para cada cliente en específico.¹³⁸

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ *Vid.* La Ley de Cámaras y Confederaciones publicada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 1996.

¹³⁶ GARCIA MAYNEZ, *Op. Cit.*, pp. 65 y 66.

¹³⁷ GRECO, Paolo, "Curso de Derecho Bancario", Traducción de Raúl Cervantes Ahumada, México, Jus, 1947, p. 14-16.

¹³⁸ *Idem.*

Otro punto a favor de los contratos de adhesión es que estos pueden ser una forma de proteger los intereses del público en general, mediante la aprobación de los mismos por los órganos encargados de la vigilancia de la actividad bancaria, en el caso de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

De todo esto, podemos concluir que se entiende como costumbre a una fuente del derecho, mientras que los usos son un elemento de la misma que se vuelven obligatorios por disposición de la ley o por la *Opinio Iuris*.

La Teoría del Uso y la Costumbre como fundamento del secreto bancario es inconsistente, porque no es argumento suficiente aquella para justificar la confidencialidad, confundiendo el papel que juegan la costumbre y el uso como fuente del secreto bancario, con el fundamento del mismo¹³⁹.

Otro argumento en contra de esta teoría es que la costumbre es flexible y cambiante, por lo que representa los verdaderos intereses de aquellos que la utilizan, rompiendo con el principio de la seguridad jurídica, necesaria en un estado de derecho.

El último argumento que descarta totalmente la aplicación de esta Teoría en el Derecho Mexicano, ya que es necesario que no haya disposición expresa en materia de secreto bancario para aplicar la costumbre de manera supletoria, sin embargo ya que los Artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito prevén el secreto bancario, esta Teoría no puede sustentarse conforme a nuestro Sistema Jurídico.

Por lo tanto, esta teoría solamente puede aplicarse en los países donde no exista disposición expresa en materia de secreto bancario.

2.- TEORÍA DEL ORIGEN EN EL DERECHO POSITIVO.

Esta Teoría señala que el secreto bancario deviene del derecho positivo, lo cual engloba leyes, reglamentos y circulares administrativas.

Méjan señala acertadamente que el secreto bancario tiene "una fundamentación copiosa y extensa en la cultura, arroja raíces en las profundidades psicológicas, éticas e ideológicas del ser humano... y florece con toda la riqueza del Derecho, informándose de las fuentes de éste y de todas sus ramas"¹⁴⁰.

Hay que aclarar que el secreto bancario tiene una verdadera justificación en las costumbres y los usos, pero no hay que olvidar que la norma positiva establece disposiciones para crear una seguridad jurídica, aún cuando no tenga la flexibilidad de los usos y costumbres.

Por otro lado, consideramos conveniente recordar que de acuerdo con nuestro sistema democrático, en teoría, la obligatoriedad de una ley deriva en que el pueblo lo aprueba por medio de sus representantes (diputados). Asimismo, de dichas leyes derivan las demás normas positivas, argumentando como válida esta teoría.

A lo anterior hay que hacer varias aclaraciones.

- i) En el caso de que una ley no se haya una verdadera representación popular no podría hablarse de una verdadera fundamentación; y
- ii) No es posible pasar por alto las demás teorías expuestas en este Capítulo, pues todas ellas aportan determinados elementos a la justificación del secreto bancario.

¹³⁹ VERGARA BLANCO, *Op. Cit.*, pp. 33 y 34.

¹⁴⁰ MEJAN, *Op. Cit.*, pp. 18-20.

Cazorla Prieto no considera lo anterior cuando afirma que la norma positiva no puede ser justificación completa del secreto bancario porque no siempre estuvo presente en el derecho positivo español y comparado (incluyendo Derecho Mexicano)¹⁴¹.

En conclusión puede decirse que la norma positiva no es una justificación completa, sino una manifestación de que el secreto bancario es una institución que se pretende proteger.

3.- TEORÍA DEL SECRETO PROFESIONAL.

Algunos autores (en México y en el mundo) fundamentan al secreto bancario como una especie del secreto profesional¹⁴², sin embargo, es necesario hacer determinadas precisiones puesto que la anterior aseveración no es del todo absoluto:

i) La importancia de la función bancaria en la intermediación bancaria y financiera en cualquier país, por lo que debe regularse con mayor detalle que las disposiciones generales aplicables al secreto profesional.

ii) Si bien es cierto que en "*latu sensu*", el secreto bancario puede considerarse como una especie del secreto profesional, no se tratan de figuras similares o incluso que el secreto bancario deriva del profesional como algunos autores han dicho, ya que no obstante el banco

¹⁴¹ CARZOLA PRIETO, *Op. Cit.*, pp. 78 y 79.

¹⁴² Puede verse en este sentido la siguiente Bibliografía:

MESSINEO, Francesco, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", Traducción por Santiago Sentís Malendo, Tomo VI, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pag. 129.

COTTELY, Esteban, "El Secreto Bancario", Buenos Aires, Argentina, Editorial Horizontes Económicos, 1952, p. 3.

BAUCHE GARCÍA, Mario, *Op. Cit.*, p. 395.

RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, "Derecho Bancario", 7ma Edición, México, Porrúa, 1993, p. 61.

tiene realmente acceso a la intimidad del cliente, no se trata en estricto sentido de un servicio profesional, sino algo más allá de eso y más complejo.

Aún cuando hay autores como Luis Manuel Méjan quienes afirman que la función bancaria es una de aquellas “profesiones que se pueden ejercer colectivamente, interdisciplinarias, por empresas en las que cada uno de sus miembros: empleado, funcionario, directivo o propietario, compartan la responsabilidad profesional del conjunto” –y continua exponiendo- “hablar de profesiones estrictamente ligadas al ejercicio de personas físicas es amarrarse al pasado”¹⁴³.

La calidad de banquero no implica el ejercicio de una profesión, pudiendo sostenerse esta afirmación, conforme a la jurisprudencia francesa y española que así lo señalan.

La jurisprudencia francesa señalaba, antes de que existiera reglamentación expresa respecto del secreto bancario, que el banquero no es un confidente necesario, puesto que en el caso del enfermo, el procesado o el penitente, se explica dicho sigilo por el grado de necesidad de estas personas de confiar sus secretos.

Por su parte, la jurisprudencia española, señala que la banca no es una profesión, debido a que no se encuentra dentro del marco que regula la ley especializada en la materia, además del hecho de que una profesión siempre se refiere al hecho de que se ejerza por una persona física, no una empresa comercial.¹⁴⁴

Aparentemente dentro del Ordenamiento Jurídico Mexicano, también se podría sostener el argumento antes expuesto, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el segundo párrafo de su Artículo 5° reza de la siguiente manera:

¹⁴³ MEJAN, Luis Manuel, *Op Cit.*, pp. 15-18.

¹⁴⁴ *Idem.*

“La ley determinará en cada Estado cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.”¹⁴⁵

En este sentido, la Ley reglamentaria de los Artículos 4° y 5° Constitucionales, de aplicación local en el D.F. y supletoria en materia Federal (Ley General de Profesiones), en sus Artículos 2° y segundo transitorio, especifican las artes, oficios o profesiones que requieren de título para ejercer.¹⁴⁶

A “*contrario sensu*”, toda actividad que no esté reglamentada en dicha Ley, no requiere de un título para ser ejercida, sin embargo, esto no significa que los requisitos impuestos por dicha Ley le den la calidad de profesión al banquero puesto que basándonos en el principio jurídico de que “las cosas no se rigen por la denominación que le den las Partes, sino por su propia naturaleza”. Este principio que se aplica a los contratos, podría aplicarse para toda institución jurídica.

Raymond Farhat,¹⁴⁷ señala en una postura ecléctica, que hay que distinguir entre el secreto del banquero y el secreto bancario, el primero regulado por las disposiciones del secreto profesional y el segundo por la ley específica.

A nuestro parecer, esta distinción resulta excesiva, ya que si bien desde un punto de vista socioeconómico, se le puede llamar banquero a aquella persona que es socio o administrador de una Institución de Crédito, jurídicamente, esta afirmación no resulta muy coherente por la razón que a continuación expondremos.

¹⁴⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 120ª, México, Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1997, p. 8.

¹⁴⁶ Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional, Relativo Al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, 15° Ed., México, Colección Andrade, 1986, pp. 172-46 y 172-62.

¹⁴⁷ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 16.

El banquero puede revelar el secreto bancario en su carácter de funcionario, y entonces será sancionado según el Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, pero en ningún caso se podrá considerar que realiza la intermediación en el crédito, puesto que lo hace el banco, a través de sus empleados y representantes, el cual tiene una personalidad distinta a la de sus socios o administradores.

Por último, debe señalarse que en Derecho Mexicano, se podría hablar de una analogía: “A la misma razón, se le debe aplicar la misma disposición”,¹⁴⁸ pero considerando los argumentos antes señalados, no existe tal misma razón.

iii) Es bien conocido el axioma jurídico “Cuando la ley no distingue, no hay lugar a distinción”, haciendo un razonamiento a “*contrario sensu*”, se concluye que cuando la ley distingue entre dos figuras jurídicas similares pero no idénticas, no hay razón por la que debamos equipararlas.

Así pues, el legislador al plasmar la “*ratio legis*” en el Artículo 117 de la actual y vigente Ley de Instituciones de Crédito (e incluso desde la Ley de 1897), se podría ver como el legislador, consideró que las dos instituciones debían de ser reguladas por disposiciones diversas, evolucionando el secreto bancario hasta nuestros días en la institución compleja que conocemos.

Por lo que toca al secreto profesional, el legislador lo plasmó en la Ley Penal y en la Ley de Profesiones, por considerar que la naturaleza de éste así se requería.

iv) La supletoriedad en el derecho implica que una disposición se aplique cuando una determinada ley contiene lagunas, y por lo tanto no se pueda aplicar correctamente. Nuestro

¹⁴⁸ GARCÍA MAYNEZ, *Op. Cit.*, pp. 368-370.

Sistema se estableció para que siempre haya una disposición aplicable dentro del mismo Sistema.

En la práctica, no se podría hablar de una supletoriedad total o parcial del secreto profesional respecto del bancario, pues si bien, el secreto profesional ha sido estudiado con gran profundidad en la doctrina, las disposiciones legales aplicables son pocas y con muchas lagunas, por lo que en realidad, el secreto profesional no aportaría mucho a la teoría del secreto bancario, dejándolo en una visión sin matices que los diferencien, negando su independencia e importancia.

Esta supletoriedad, solamente podría aplicarse en los países que consideran al secreto bancario como especie del secreto profesional, donde de acuerdo con esos sistemas jurídicos, sería coherente.

Por otro lado, se puede decir que el secreto bancario cada vez es de mayor interés de estudio por los doctrinarios, por lo que quizá algún día podría superar en número y profundidad a los estudios realizados en torno al secreto profesional, si no es que ya ha sucedido.

4.- TEORIA DE LAS RESPONSABILIDADES

Dentro de esta teoría encontramos que hay dos vertientes: i) La responsabilidad civil, y ii) La responsabilidad penal.

i) Esta teoría fundamenta al secreto bancario como una institución protectora de los perjuicios que pudieran ocasionarse en el evento de que terceros ajenos a las operaciones comerciales del banco y su cliente, se enterasen de datos relativos a esas operaciones.

Para explicar el contenido de la teoría nos basamos en las definiciones tradicionales, por

lo que podemos señalar que el daño es el menoscabo al patrimonio, mientras que el perjuicio el un lucro cesante (Artículos 2108 y 2109 del Código Civil del D.F.).

En este caso debemos entender que la violación al secreto bancario es regulado civilmente como una responsabilidad civil, por lo que es necesario que dicha violación cause los siguientes elementos: a) La comisión de un daño, b) El dolo o la culpa, y c) La relación causal entre la violación al secreto y el daño.

El daño deberá ser actual, por lo que la tentativa solamente podría causar un daño moral, lo cual es muy difícil de probar y de cuantificar.

Hay que considerar que el daño patrimonial es aquel que se puede cuantificar porque es un daño hecho directamente al patrimonio, sin embargo, el daño moral como una lesión a los valores espirituales es de difícil cuantificación, por lo que el Código ha establecido en su Artículo 1916 que la indemnización por daño moral no podrá exceder de la tercera parte del importe de la responsabilidad civil. Lo anterior nos lleva a una conclusión: Cuando un hecho o acto solamente causa daño moral, dejando sin efecto el tope legal señalado en la Ley.

Así mismo, el daño debe ser de carácter privado, por lo que debe afectar únicamente a la víctima. En caso contrario, si el daño fuera público habría que revisar si se tipifica en un delito para denunciarlo o presentar una querrela del mismo ante el ministerio público, o en su caso, pedir el amparo cuando las autoridades violen garantías individuales.

Otros elementos que se pueden presentar son el dolo, la mala fe y la culpa.

Nuestro Código Civil entiende por dolo las sugerencias o artificios para inducir al error, y define separadamente a la mala fe, a nuestro parecer de una manera innecesaria, como la disimulación del error para mantener en la ignorancia a uno de los contratantes (Artículo 1815).

Vemos que el dolo y la mala fe son elementos que necesariamente requieren de conocimiento y voluntad de la persona que realiza lo actos, por lo que estamos hablando de una

intención de causar daño.

Por otro lado, vemos que la culpa es necesariamente una conducta hecha sin intención directa de daño, lo cual no se establece en el Artículo 2025 señala que hay culpa cuando "el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar lo que sean necesarios para ella."

Este Artículo no marca la diferencia entre el dolo y la culpa: La intención maliciosa. Esta distinción es fundamental porque la responsabilidad y la intencionalidad son menos graves para el caso de la culpa que del dolo.

Para fincar una responsabilidad civil es necesario demostrar que el daño fue causado por el hecho o acto, señalando el nexo causal que lo produjo.

En este aspecto, todo tipo de excluyentes de responsabilidad tales como caso fortuito y fuerza mayor pueden deshacer el nexo causal liberando de toda responsabilidad civil.¹⁴⁹

En conclusión, esta teoría fundamenta el secreto bancario como una institución protectora de los daños y perjuicios causados por la violación del mismo, mas no se puede considerar que la responsabilidad civil fundamenta dicho secreto, porque esto confundiría el fundamento con la consecuencia civil de la violación de dicho secreto (Artículo 1910 del Código Civil para el D.F.).

ii) El sentido de esta teoría es fundamentar al secreto bancario como un bien jurídico que debe protegerse mediante la tipificación como delito en la ley penal de su violación.

Es necesario entender que esta protección del derecho punitivo deriva de la conciencia de la sociedad que toda conducta que viole injustificadamente el deber de confidencialidad debe ser

¹⁴⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Teoría General de las Obligaciones", 18va Edición, Compendio de Derecho Civil Tomo III, México, 1993, Ed. Porrúa, pp. 300-325.

Sin embargo, el Maestro no comparte las opiniones de dichos autores y argumenta en contra.

castigado.¹⁵⁰

Es decir, la responsabilidad penal es la consecuencia de la conciencia colectiva que considera que la violación al secreto bancario agrede a la sociedad.

Así pues, esta teoría es correcta en el sentido de que efectivamente el repudio de la sociedad mediante la imposición de un tipo penal justifica el secreto bancario.

No obstante lo anterior, hay que señalar que en México, si bien hay un tipo genérico de revelación de secretos (Artículos 210 y 211 del Código Penal del D.F.), no hay un tipo específico de revelación de secreto bancario.

Aún cuando no es necesario un tipo específico de secreto bancario para sancionar penalmente su violación conforme al tipo genérico de revelación de secretos, hay que considerar que hay elementos que exclusivamente se dan en el secreto bancario.

Dentro de los elementos que encontramos exclusivamente en el secreto bancario es la calidad específica que tiene el sujeto activo, la relación con el cliente, y el nexa causal, además de no considerar excluyentes de responsabilidad.

Uno de los principales problemas que se puede presentar al aplicar este tipo penal es que no establece causales lícitas para revelar el secreto bancario, las cuales se incluyen en la Ley de Instituciones de Crédito, pudiendo darse el caso que cuando un banco actúa conforme a dicha Ley, y proporcione información a la Comisión Nacional Bancaria y Valores, cometa un delito porque la ley penal no establece dichas excepciones o excluyentes de responsabilidad.

Esto puede salvarse conforme al principio jurídico de que la ley especial (ley bancaria) se sobrepone a la ley genérica (ley penal).

De acuerdo a esto, la ley bancaria tendría que regular la violación del secreto bancario (revelación ilícita) y en ausencia de dicha regulación supliría la ley penal. Considerando que la

¹⁵⁰ JIMENEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano", 2da Edición, Tomo III, México, 1974, Ed. Porrúa, p. 181.

ley bancaria no es omisa, el tipo de revelación de secretos no podría aplicarse a la violación del secreto bancario, por lo que solamente podría aplicarse la multa administrativa genérica para infracciones a cualquier disposición de la Ley Instituciones de Crédito, contenida en su Artículo 109.

Por otro lado, en caso de que se aplicara la ley penal, hay que señalar que ésta no distingue entre la revelación culposa y la dolosa, lo que nos lleva a juzgar de la misma manera a conductas y motivos distintos.

El Código Penal no estaría cumpliendo con su función primordial que es reprimir las conductas antijurídicas y reformar a las personas que han violado el orden jurídico, pues no consideraría las circunstancias que rodean a la conducta para emitir un juicio justo.

También habría que establecer el caso de tentativa de comisión del delito.

Por último, este tipo, tal y como muchas otras sanciones en las leyes mexicanas, no tiene sanciones pecuniarias actualizadas, quizá es debido a la falta de interés de la sociedad por regular la protección de los secretos en general.

Para concluir con las dos vertientes, se puede decir que efectivamente la conciencia de la sociedad de proteger los secretos puede fundamentar el secreto bancario, pero en la práctica habría que considerar los aspectos antes mencionados, por lo que debería de especificarse con más detalle la mención de daños y perjuicios en el Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, estableciendo el modo de calcular los daños y perjuicios.

En el aspecto penal, debería establecerse un tipo penal específico respecto del secreto bancario, que regule todas las circunstancias específicas que pueden rodear una violación del secreto bancario.¹⁵¹

¹⁵¹ Hay muy pocos países que establecen un tipo específico del secreto bancario tales como: i) Suiza reprimiendo la revelación aún cuando no cause daño (*vid* Capítulo V, Apartado A), ii) Noruega solamente sanciona cuando los directores o síndicos revelan el secreto, y iii) Checoslovaquia antes de la segunda guerra mundial castiga la revelación cuando pudiera poner en peligro a los bancos. COTTELLY, *Op. Cit.*, pp. 5 y 6.

5.- TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

Esta teoría tiene dos vertientes: i) la que basa el secreto bancario en una obligación contractual pactada por virtud de una operación bancaria, y ii) la que basa el secreto bancario en una cláusula implícita.

i) En relación con la obligación contractual pactada, estamos hablando de una cláusula expresa que vincula al banco a una confidencialidad de carácter privado, por lo que el banco puede pactarla en los términos más convenientes a sus intereses, e incluso no pactarla.

En México la legislación trata de proteger los intereses del público, por eso en los contratos bancarios no se podría dejar a la voluntad del banco la facultad de pactar o no una cláusula de confidencialidad.

Exceptuando a las operaciones de cuantías importantes, los bancos celebran diariamente miles de operaciones, mediante los llamados contratos de adhesión. En este tipo de contratos no se puede negociar con el banco, y son justificables porque sería demasiado costoso para el banco contratar personal que tenga la capacidad técnica para negociar dichos contratos, que en nuestro punto de vista solamente podrían ser abogados.¹⁵²

Aún cuando la Comisión Nacional Bancaria y de Valores tiene la facultad de revisar y aprobar estos contratos de adhesión, lo cual ha hecho con frecuencia, hay que considerar que si no existiera un Artículo expreso en la Ley de Instituciones de Crédito sobre el secreto bancario, habría muchas controversias respecto de las cláusulas de confidencialidad.

De acuerdo con lo anterior, vemos que estas cláusulas servirían para pactar con mayor

detalle la confidencialidad y para que el cliente autorice la revelación en determinadas circunstancias.

ii) En relación con la cláusula implícita, vemos que en México para interpretar los contratos se utiliza un principio que dice "Los contratantes [se obligan] no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, el uso o a la ley." (art. 1796 del Código Civil del D.F.).

En este sentido, es natural que los contratos bancarios tengan una confidencialidad implícita por la naturaleza fiduciaria que implican, pues el cliente le confía su patrimonio al banco, pero si entendemos al secreto bancario como una cláusula implícita, se nos presentaría un problema de interpretación judicial respecto de su contenido.

Si vemos el Derecho Comparado, la Corte de Casación Italiana resolvió el 18 de julio de 1974 que "...En el ámbito de las relaciones internas entre el cliente y el banquero, [existe] la obligación contractual de éste último de no revelar a otros lo que está destinado a permanecer en secreto".¹⁵³

Por su parte, la Jurisprudencia Inglesa decidió en el caso "Tournier vs. National Provincial Bank and Union Bank of England" que "...La convención que liga al banquero con su cliente lleva consigo una cláusula implícita que obliga al banquero mismo a observar discreción sobre la cuenta de su cliente y de sus operaciones".¹⁵⁴

Algunos autores como Morera Renzo señalan que los contratos entre el banco y el cliente son eminentemente fiduciarios, y que esa confianza debe traducirse en una obligación implícita

¹⁵² MOLLE, Giacomo, citado en GRECO, Paolo, *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁵³ MEJAN, *Op. Cit.*, pp. 12 y 14.

¹⁵⁴ MEGRAH, Maurice, "Paget's Law of Banking", 6ª Edición, Londres, Inglaterra, 1961, p. 131; CHORLEY, A., "Leading Cases in the law of banking", Londres, Inglaterra, p. 9. Ambos citados en MALAGARRIGA, *Op. Cit.*, p. 20.

de confidencialidad.¹⁵⁵

En conclusión se puede decir que las dos vertientes de esta teoría son aplicables al derecho mexicano para fundamentar el secreto bancario, pero la disposición legal proporciona mayor seguridad jurídica.

Además, hay que considerar que el derecho bancario es derecho público por lo que debe regir este tipo de instituciones para satisfacer y proteger los intereses del público.¹⁵⁶

6.- TEORIA DE LA PROTECCION DE LOS INTERESES DEL PUBLICO

Esta es una de las teorías que ha fundamentado el secreto bancario por mucho tiempo. Los que sostienen esta Teoría señalan que el secreto bancario es una institución que se estableció en la ley para proteger los intereses del público.¹⁵⁷

Esta Teoría no considera que la función de banca y crédito es una función pública, por lo que de acuerdo con ella, el Estado solamente se limitaría a reglamentar de una manera general la actividad bancaria como en cualquier otra actividad mercantil.

Es cierto que el Estado no debe tener demasiada injerencia en un sistema bancario sano, pero hay que entender que los sistemas bancarios actuales son los motores de las economías nacionales, por lo que el Estado no puede permitir que el sistema bancario se maneje exclusivamente conforme a intereses individuales.

En conclusión, no se puede dejar el fundamento del secreto bancario únicamente a la protección de los intereses del público pues negaríamos que la actividad bancaria tiene un

¹⁵⁵ MORERA, Renzo, "Ordenamiento Doctrinali e Jurisprudenziale Germanici in Tema di Segreto Bancario", BANCA, BORSA E TITOLI DE CRÉDITO, Abril-Junio, XVII, fasc. II, Italia, 1965, p. 276.

¹⁵⁶ *Vid. Infra* siguiente número.

¹⁵⁷ ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 578.

aspecto público, e incluso en México sigue considerándose a la actividad bancaria como una concesión otorgada por el gobierno para satisfacer el interés público de créditos.

7.- TEORÍA DE LA PROTECCIÓN DE LA ACTIVIDAD BANCARIA O DEL INTERES PUBLICO

Tradicionalmente esta Teoría ha sido contraria a la expuesta anteriormente, ya que la doctrina siempre ha discutido sobre la naturaleza pública del secreto bancario. En esta teoría se señala que la actividad bancaria debe protegerse por su importancia en la economía, siendo el secreto bancario una de las instituciones que pretende dar mas confianza al público para invertir, y así el sistema bancario tendría mas recursos para colocarlos entre las personas que requieren crédito.¹⁵⁸

En países como Suiza, Líbano y Luxemburgo se ha utilizado el secreto bancario para que el inversionista extranjero tenga sus recursos en esos países, haciendo atractiva la inversión mediante el secreto bancario.¹⁵⁹

Mucho se ha criticado este tipo de legislaciones señalándolas como permisivas porque fomentan el lavado de dinero¹⁶⁰. Es cierto que al proteger la identidad del cliente facilitan el anonimato del cliente y de la procedencia de su dinero, pero también es cierto que muchos clientes consideran que este tipo de bancos proporcionan ingresos altamente redituables aún después de pagar los impuestos correspondientes en su país de origen.

Podemos concluir que el secreto bancario no es solamente una institución de carácter público sino que protege también los intereses privados de los clientes, por lo que esta teoría y la

¹⁵⁸ *Idem*, p. 337.

¹⁵⁹ *Vid. Supra* Capítulo V, Apartado A.

desarrollada en el punto anterior deben ser consideradas como un solo fundamento.

8.- TEORIA DE LA PROTECCION A LA INTIMIDAD

Esta es una de las teorías mas utilizadas por los doctrinarios para justificar la existencia del secreto bancario. Esta teoría expone que el secreto bancario tiene su fundamento último en el derecho de las personas a su intimidad.

Este derecho a la intimidad ha sido tratado desde varios puntos de vista: i) el derecho natural, ii) los derechos humanos, y iii) los derechos constitucionales (en México denominadas "Garantías Individuales").

i) Refiriéndonos al derecho natural que todos los hombres tienen respecto de su intimidad, encontramos que ese derecho forma parte de los denominados atributos de la personalidad, parte del patrimonio de las personas desde su nacimiento.

Esta fundamentación en el derecho natural ha tomado cabida entre los doctrinarios iusnaturalistas que postulan que el derecho positivo debe entenderse obligatorio mientras no contradiga la naturaleza de las cosas.

Entre los autores que desarrollan el derecho a la intimidad encontramos a Pacheco quien señala que "(la esfera secreta o confidencial) normalmente quiere ocultarse a la curiosidad ajena... está reservada al sujeto... nadie debe entrar y su violación...deber ser sancionada por el derecho".¹⁶¹

¹⁶⁰ Vid. *Infra* Capítulo IX, Apartado B.

¹⁶¹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, "La Persona en el Derecho Civil", México, Panorama 1985, pp. 128 y 129.

La intimidad como un atributo de derecho natural tiene un grave inconveniente frente a la ley. El derecho natural puede ser interpretado de diversas maneras mientras que la ley no permite una interpretación tan amplia, aún cuando depende de la doctrina de los autores y de la aplicación de las autoridades, por lo que podría decirse que una interpretación de las disposiciones de secreto bancario basándose exclusivamente en el derecho natural podría violar el principio de la seguridad jurídica.

ii) Con el surgimiento de la modernidad encontramos que se busca dar nuevas denominaciones a las instituciones, y así, los derechos naturales toman el nombre de derechos humanos, los cuales son reconocidos en documentos públicos y luego por las constituciones modernas como una parte fundamental de dichas constituciones.

Dentro de estos derechos humanos, se reconoce el derecho a no ser molestado y la inviolabilidad del domicilio, protegiendo así la intimidad de la persona.

Autores como Mejan¹⁶² señalan que la intimidad ha sido reconocida durante muchos siglos por el derecho, y no es sino una manifestación de que la ley reconoce el catálogo elemental de los derechos humanos.

Este derecho a la intimidad también ha sido aceptado por organismos internacionales como la O.N.U. en el Artículo 12 de su Declaración de los Derechos Humanos, siendo respetados por la mayoría de las naciones del mundo. Muchos países han adoptado esta postura dentro de su legislación positiva.¹⁶³

iii) Nuestra Constitución incluye este derecho dentro de las garantías individuales en los Artículos 14 y 16, en los cuales se encuentran las garantías de legalidad e inviolabilidad del

¹⁶² MEJAN, *Op. Cit.*, pp. 9 y 10.

¹⁶³ SZÉKELY, Alberto, "Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Privado", Tomo I, México, 2da.

domicilio. Al proteger la esfera íntima de la persona, se incluye el objeto del secreto bancario, por lo que esta institución es totalmente acorde a la Constitución.

El problema no termina ahí, puesto que no solamente se trata de saber si se regula o no, es necesario buscar un fundamento que delinee suficientemente la institución para evitar abusos tanto de las autoridades como de los particulares.

En este sentido, el derecho a la intimidad como lo hemos mencionado, presenta una ambigüedad porque está sujeto a interpretaciones convenientes a los intereses de cada persona. Este problema se agudiza cuando nos enfrentamos a controversias entre países, en donde cada país interpretará la intimidad según sus costumbres y sus leyes.

En el ámbito internacional donde todos los países tiene una interdependencia, es muy importante aclarar hasta donde llega la intimidad. Esto ha derivado de muchos conflictos internacionales por el lavado de dinero¹⁶⁴ cuando un país requiere a otro respecto de información de cuantas bancarias de una determinada persona en el país del requerido, pudiendo inclusive no ser nacional de ninguno de los dos países.

Normalmente estas situaciones son arregladas con acuerdos bilaterales de intercambio de información¹⁶⁵ en los cuales se establecen causas legales para obtener toda clase de información.

Durante los últimos años, las relaciones comerciales internacionales han cobrado una gran fuerza por el desarrollo de la tecnología, provocando que se vuelvan cada vez más complejas. Lo anterior nos lleva a concluir que con sistemas tan sofisticados como los actuales, el guardar la confidencialidad implica un mayor esfuerzo.¹⁶⁶

En conclusión podemos decir que el secreto bancario puede ser fundamentado en el

Edición, UNAM 1989, p. 215.

¹⁶⁴ De acuerdo con la iniciativa del Presidente de la República del mes de abril de 1997, el lavado de dinero se define como "el acto de disfrazar el origen del dinero o encubrir la propiedad del mismo proviniendo de una actividad ilegal para hacer que ese dinero parezca como legítimo. Citado en ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 360.

¹⁶⁵ México tiene firmado con varios países como EE.UU., Suecia, Alemania, Francia, Holanda etc.

derecho a la intimidad, pero es necesario reglamentar detalladamente este derecho para evitar abusos de autoridad e ilícitos de los particulares.

9.- TEORIA ECLECTICA

Una vez consideradas las anteriores Teorías, podemos decir que cada una de ellas fundamenta el secreto bancario en algún aspecto específico, siendo todas un complemento para justificar el secreto bancario en su totalidad.

Así pues, la Teoría de Usos y las Costumbres complementa las obligaciones legales del banco al tenor de las costumbres y usos bancarios, pero nunca podrá superar a las disposiciones positivas contenidas en la Teoría del Origen en el Derecho Positivo y en la aplicación de la Teoría del Secreto Profesional, la cual hemos expuesto anteriormente.

Además, estas teorías deben complementarse con la Teoría de la Obligación Contractual que incluye la correcta ejecución del contrato y la buena fe contractual, que en caso de ser incumplidas, se aplicaría las responsabilidades civiles y penales contenida en la Teoría de las Responsabilidades.

Todo lo anterior siempre debe seguirse en el sentido de proteger los intereses del público (Teoría de la Protección de los Intereses del Público) y la actividad bancaria (Teoría de la Protección a la Actividad Bancaria).

Y por último, el secreto bancario se fundamenta en la Teoría del Derecho a la Intimidad por el reconocimiento que hace nuestro Sistema Jurídico a ese derecho.

¹⁶⁶ HERNANDEZ, Berta Esperanza, "RIP to IRP - Money Laundering and drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy", INTERNATIONAL LAW AND COMMERCE REGULATIONS, pp. 235-240.

En conclusión, podemos decir que el secreto bancario como cualquier otra institución jurídica, es interdisciplinaria, por lo que para comprenderla en su totalidad no podríamos hablar de una sola teoría que lo fundamente, sino de todas las Teorías antes expuestas que en algún aspecto lo fundamentan.

CAPITULO VII:

SUJETOS DEL SECRETO BANCARIO

A.- EL SECRETO BANCARIO COMO RELACION JURIDICA.

El secreto bancario configura una relación jurídica, la cual tradicionalmente la doctrina ha dividido en dos elementos esenciales: el subjetivo y el objetivo.¹⁶⁷

El elemento subjetivo a su vez, comprende el sujeto activo y el pasivo.¹⁶⁸

Por otro lado, el elemento objetivo corresponde al objeto de la relación jurídica, la cual se estudia en el Capítulo VIII.

B.- SUJETO ACTIVO.

1.- DEFINICION.

El sujeto activo o acreedor, se le ha definido como aquel sujeto de la relación jurídica quien esté facultado para exigir el cumplimiento de una prestación o una abstención al llamado deudor.

¹⁶⁷ Algunos autores como Kohler, Griecke y Enneccerus, así como la tesis de Lévy-Ullmann, exponen un elemento más, el cual es la relación jurídica, sin embargo, consideramos que es excesivo dicha consideración, puesto que la relación jurídica no es un elemento, sino la obligación misma.

Estas teorías se exponen brevemente en BORJA SORIANO, *Op. Cit.*, pp. 72 y 73.

¹⁶⁸ Algunas teorías sobre la despersonalización de la obligación, tales como la de Gaudamet, Gazi y Jallu, son desarrollada por el ROJINA VILLEGAS, *Op. Cit.*, 1993, pp. 9-11.

Sin embargo, el Maestro no comparte las opiniones de dichos autores y argumenta en contra.

El sujeto activo del secreto bancario es el cliente del banco, es decir, aquel que tiene una relación comercial con la institución de crédito. Méjan señala que de acuerdo con la Teoría de la Protección de los Intereses del Público del secreto bancario, se puede deducir que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Banco de México, en su carácter de autoridades financieras, representarían al a los intereses del público, y por ello, podrían oponer el secreto bancario frente a las instituciones de crédito¹⁶⁹.

Consideramos que el argumento de Méjan no es válido, debido a que estas autoridades están estrechamente vinculadas a la revelación lícita del secreto bancario, y al reunir al mismo tiempo las calidades de sujeto activo y pasivo, no es posible que así mismo se requiera el cumplimiento porque exista confusión de derechos.

Por otro lado, es necesario establecer diversas cuestiones sobre la noción de cliente.

Dentro del sistema jurídico mexicano no hay una noción específica de cliente, sin embargo podemos señalar que aquella persona que realiza o va a realizar una operación con un banco, es un cliente.

No obstante lo anterior, hay una tesis jurisprudencial que define lo que se entiende por depositante para efectos de los informes a las autoridades judiciales. Hay que entender que el depositante fue durante mucho tiempo el único sujeto beneficiado por el secreto bancario.

Para efecto de nuestro análisis es importante transcribir esta tesis:

"INSTITUCIONES DE CREDITO. INFORMES A LAS AUTORIDADES JUDICIALES. DEPOSITANTES PARA LOS EFECTOS DE LOS:

Para efectos de los informes que las instituciones de crédito deben proporcionar a las autoridades judiciales, como caso de excepción, por "depositante" debe entenderse no sólo el que

¹⁶⁹ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 111.

realiza los depósitos, sino en sentido amplio, por igualdad de razón, todo aquel que haya realizado cualquier otra de las demás operaciones a que se refiere el Artículo 105 de la Ley.

R-724/56. NACIONAL FINANCIERA, S.A.

Fallada el 26 de octubre de 1956, por unanimidad.

2º Tribunal Colegiado. 1er Circuito.¹⁷⁰

Conforme a la legislación actual, cuando el Artículo 117 enlista las personas que pueden obtener noticia de las operaciones, trata de abarcar todos los supuestos, incluyendo lo señalado por la jurisprudencia.

En la jurisprudencia internacional hay criterios muy definidos sobre lo que significa la palabra "cliente".

De acuerdo con Paget's, la jurisprudencia inglesa ha señalado que gramaticalmente la palabra cliente indica un mínimo de costumbre, un hábito en la realización de los negocios, y que "una transacción aislada de esa naturaleza o una serie de transacciones no comúnmente asociadas con los negocios bancarios no es suficiente"¹⁷¹.

Posteriormente, en 1920 se reforma el criterio estableciendo que la habitualidad no es un elemento esencial en las relaciones cliente-banco, por lo que la sola intención de entrar en negociaciones con un banco, convertiría a esa persona en cliente¹⁷².

Por otro lado, hay que considerar que el cliente potencial debe ser considerado como beneficiario del secreto bancario. No hay en nuestro Derecho una disposición expresa sobre la denominada Teoría de la Responsabilidad Pre-contractual o *culpa in contraendo*.

En este sentido, Francesco Benatti señala que la buena fe contractual nace con ofertas y comunicaciones que pueden llegar a buen término, estableciendo por ello un deber de secreto

¹⁷⁰ *Idem*, p. 113.

¹⁷¹ MALAGARRIGA, *Op. Cit.*, pp. 59 y 60.

consistente en "abstenerse de divulgar noticias o informes que hayan llegado a su conocimiento de alguna de las partes a 'causa' (y no simplemente en ocasión) de los tratos previos, y cuya difusión pudiera originar un perjuicio para la otra parte"¹⁷³.

En caso de que no se realice la operación que se negocia, aún cuando no hay disposición expresa, el banco deberá sujetarse al secreto bancario porque ha recibido información confidencial de su cliente¹⁷⁴.

Por lo anterior puede decirse que como el secreto bancario es una institución destinada, entre otras cosas, a proteger la intimidad de las personas que realizan operaciones con los bancos, no se puede excluir a las personas que tienen negociaciones previas a dichas operaciones, aún cuando finalmente no se realicen dichas operaciones.

Ahora debemos analizar a los sujetos activos adicionales, que son los enlistados en el Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito: "... beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado un poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio".

El beneficiario estará únicamente facultado para actuar como sujeto activo hasta el momento en el que se cumpla la condición que lo faculte a ejercer los derechos propios del sujeto activo, por ejemplo en un depósito la muerte del depositante convertiría en beneficiario a la persona señalada.

En otro tipo de operaciones como el fideicomiso, el beneficiario goza de los derechos de sujeto activo desde que se celebra el contrato respectivo, salvo que se sujete a condición.

Los representantes legales y apoderados pueden obtener información del banco, pero creemos que hay que distinguir que deben tener por lo menos, poderes generales o

¹⁷² *Idem*, p. 60.

¹⁷³ BENATTI, Francesco, "La Responsabilità precontrattuale", Milán, 1963, p. 20. Citado por MALAGARRIGA, *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁷⁴ VERGARA BLANCO, *Op. Cit.*, p. 59.

administración, dominio o un poder especial para manejar la cuenta, o por lo menos estar autorizados para dicho manejo ante el banco.

Por otro lado, no será cliente quien celebra operaciones no bancarias, tales como proveedores, prestadores de servicios, empleados, etc.¹⁷⁵

Asimismo, cabe señalar que los bancos pueden ser clientes de otros bancos para realizar determinadas operaciones. En este caso, se aplicarían las mismas reglas que establece la Ley de Instituciones de Crédito.

2.- BENEFICIOS.

Como consecuencia de la calidad de sujeto activo, dicho sujeto tiene varios beneficios, los cuales son:

a.- Exigir a los sujetos pasivos de la obligación la guarda del sigilo. Este derecho tiene como contraparte el derecho del cliente de autorizar la revelación del secreto.

Tal y como señala Méjan, el banco no tiene obligación alguna de informar al su cliente en caso de que las autoridades soliciten información, o cuando el banco proporcione esta información, pero los bancos podrían hacerlo por servicio a su cliente¹⁷⁶.

Dentro de este derecho se contiene el de autorizar representantes para recibir noticia de sus operaciones con el banco;

b.- Exigir información del banco respecto de sus operaciones. Es lógico que al realizar las operaciones del cliente, el banco deba rendir cuentas de todo lo realizado;

¹⁷⁵ *Idem*, p. 60.

¹⁷⁶ MEJAN, *Op. Cit.*, pp. 114 y 115.

c.- Realizar los actos conservatorios o precautorios para que el banco no revele el secreto bancario ilícitamente; y

d.- Exigir la responsabilidad del banco por la revelación ilícita del secreto bancario. En este caso, el interés jurídico nace con dicha revelación.

C.- SUJETO PASIVO.

1.- BANCOS:

Conforme a lo expuesto en el Capítulo II explicamos la definición del secreto bancario, en la cual señalamos que entre una de las personas obligadas a guardar dicho secreto están los bancos.

Es lógico que la primera persona obligada a guardar el secreto bancario son las instituciones de crédito, pues ellas celebran las operaciones de las cuales derivan el secreto bancario.

No requiere mayor explicación decir que los bancos como personas morales actúan a través de sus representantes, según lo establecemos en el punto siguiente.

No obstante lo anterior, debe aclararse que cuando el banco se obliga por medio de sus representantes, por lo que se le aplican todas las responsabilidades que conlleva la violación del secreto bancario, salvo la penal, la cual, por obvias razones, se impondría exclusivamente a los representantes y empleados del banco.

2.- REPRESENTANTES, FACTORES, EMPLEADOS Y DEPENDIENTES

a.- TEORIA DE LA REPRESENTACION

De acuerdo con Sánchez Meda, la representación está relacionada con el poder y el mandato.

El poder se entiende como la facultad concedida a una persona (representante) para obrar a nombre y por cuenta de la representada. Esta facultad se puede otorgar ya sea por la ley, por resolución judicial o por declaración unilateral de la voluntad.

Por otra parte, el mandato es el contrato por el cual una persona (mandatario) se obliga a realizar por cuenta del mandante actos jurídicos que este le encargue. El mandato únicamente deviene de un acuerdo de voluntades.

La representación es el acto por virtud del cual una persona dotada de poder (por declaración unilateral de la voluntad o por mandato) obra a nombre y por cuenta de su representada.¹⁷⁷

Es necesario señalar que en la representación opera una ficción legal, mediante la cual todos los actos realizados por virtud del mandato se consideran como si los hubiera realizado el propio otorgante, tal y como lo señala el Artículo 1800 del Código Civil: "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado".¹⁷⁸

En el ámbito mercantil se aplican las anteriores disposiciones, con la excepción de que el Código de Comercio en su Artículo 273 establece el contrato de comisión mercantil, que es el mandato aplicado a los actos de comercio, siendo supletoria la figura civil respecto de la mercantil.

¹⁷⁷ SANCHEZ MEDAL, Ramón, "De los Contratos Civiles", 13ª edición, México, porrua, 1994, pp. 297-300.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 297.

Evidentemente la comisión mercantil aplicaría a la representación de los bancos, aclarando que para celebrar operaciones con los clientes de los bancos es necesario otorgar un poder para actos de administración, salvo que se trate de actos extraordinarios que impliquen el dominio del patrimonio, siendo necesario en ese caso un poder para actos de dominio.

De acuerdo con lo antes explicado, los representantes de los bancos serían aquellos con poder para obrar en nombre y por cuenta de los mismos.

Hemos señalado que la representación puede venir por ley, resolución judicial o por voluntad de las partes. Asimismo, hemos explicado en términos generales la voluntad de las partes.

En relación con la resolución judicial debemos señalar que son contados los casos en que una resolución judicial otorgue un poder para representar a un banco. Entre estos casos podemos encontrar la quiebra de un banco cuando se le encarga a un síndico su representación.

Consideramos que la división de fuentes que señala Sánchez Medal es restrictiva, pues no considera las resoluciones de las demás autoridades, por ejemplo, una intervención gerencial decretada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. En este caso, no se puede considerar como una representación que devenga directamente de ley, ya que lo que viene de ley es la facultad de otorgar la representación.

Por último, es conveniente señalar que por cuestión de sistema es mejor estudiar los casos de representación legal en el siguiente punto.

b.- TEORIA DEL FACTOR Y DEL DEPENDIENTE

De acuerdo con el Artículo 309 del Código de Comercio los factores son aquellas

personas que dirigen un negocio o establecimiento mercantil por cuenta del propietario, o que lo representan en dicho negocio o establecimiento mercantil.

Mantilla Molina advierte que los factores pueden ser: gerente o administrador general, el cual se encarga de dirigir toda una negociación, y el gerente o administrador de un establecimiento o sucursal, el cual se encarga de dirigir una parte de la negociación.¹⁷⁹

No hay necesidad de forma ya que solamente es necesario que esté frente al negocio para ser considerado como un factor, y tener por tanto, los poderes necesarios para llevar a cabo el objeto social del negocio.¹⁸⁰

Hay que mencionar que los actos realizados por el factor obligan al principal o dueño aún cuando vaya más allá de sus facultades, siempre y cuando contrate con una persona de buena fe.¹⁸¹

El factor termina sus funciones cuando se le revocan sus poderes o cuando el principal enajena la negociación. En caso de muerte del principal, los poderes continúan salvo revocación expresa.¹⁸²

En la práctica bancaria vemos que las formas establecidas por ley solamente se aplican a aquellos funcionarios bancarios que requieren autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para su nombramiento.

Por otro lado, las personas que normalmente celebran operaciones con el público son los llamados "Ejecutivos de Cuenta", los cuales son dependientes, es decir aquellas personas que desempeñan gestiones propias del negocio, en nombre y por cuenta del principal. Es común que no se les otorguen poderes a estos dependientes, sin embargo se entiende implícito que tienen poderes por el simple hecho del nombramiento. Sin embargo, estos poderes se limitan a las

¹⁷⁹ MANTILLA MOLINA, *Op. Cit.*, pp. 172 y 173.

¹⁸⁰ *Idem*, pp. 174 y 175.

¹⁸¹ *Idem*, pp. 176 y 177.

¹⁸² *Idem*, pp. 178 y 180.

facultades necesarias para desempeñar su trabajo correctamente.

c.- EMPLEADOS

Un concepto relacionado con los dos anteriores es el del empleado de las instituciones de crédito.

Durante los años en los cuales el servicio de banca y crédito fue estatizado, los empleados bancarios fueron regidos por la Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito.

La primera Ley es del 31 de diciembre de 1982, la cual rigió de manera provisional a los bancos recién privatizados, publicándose una segunda el 28 de diciembre de 1984 que regiría de manera definitiva hasta la reprivatización de la banca.¹⁸³

Algunos autores como Soto Sobreya y Silva señalan que la estatización fue una solución política para evitar que la crisis económica aumentara, y la Ley permitiría darle una solución provisional al Estado para manejar dicha crisis por medio de los bancos.¹⁸⁴

En este sentido el autor señala que la Ley sirvió para establecer un marco jurídico para los empleados bancarios burócratas distinto al que venía rigiendo a los empleados de la banca privada, asegurando así el óptimo funcionamiento del servicio.¹⁸⁵

La Ley de 1982 contenía un Capítulo específico de la protección de los intereses del público, y dentro de dicho Capítulo se contenía el Artículo 39 que regía el secreto bancario, el cual en esencia era copia del anterior Artículo 105 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. El único cambio era el de la nomenclatura respectiva para

¹⁸³ DE BUEN, Nestor. "Los Trabajadores de Banca y Crédito", México, Porrúa, 1984, pp. 18-20.

¹⁸⁴ SOTO SOBEYRA Y SILVA, Ignacio. "La Nueva Ley Reglamentaria del Servicio público de Banca y Crédito". 4^{ta} Edición, México, Porrúa, 1990, pp. 69 y 70.

las nuevas sociedades nacionales del crédito y los funcionarios públicos bancarios. Esta Ley no tenía disposiciones respecto del secreto fiduciario.¹⁸⁶

La exposición de motivos de la Ley de 1985 señaló los pequeños ajustes en las figuras del secreto bancario y fiduciario de las cuales se decía que mantenían inalteradas porque son los "soportes esenciales de la confianza de los usuarios del servicio". En esencia seguía la misma idea de las Leyes anteriores, moviendo el secreto bancario al Artículo 93 e incluyendo en el Artículo 94 una disposición respecto del secreto fiduciario.¹⁸⁷

A partir de mayo de 1990 comenzó la reprivatización de los bancos¹⁸⁸, permitiendo nuevamente el funcionamiento de instituciones de crédito privadas, derogando la nueva Ley en su Artículo Segundo Transitorio la Ley Reglamentaria anterior, por lo que de acuerdo con la Ley bancaria vigente en su Artículo 6°, los bancos públicos se regirán por sus leyes orgánicas y a falta de esta, por la Ley de Instituciones de Crédito.

En la práctica, muchos bancos y organizaciones auxiliares del crédito privados incluyen en sus contratos laborales condiciones similares a las contenidas en la Ley Reglamentaria, convirtiéndose en derechos adquiridos por los trabajadores conforme a nuestra ley laboral.

Con base en lo anterior podemos decir que en relación con los bancos privados, los empleados son contratados en los términos laborales comunes a las demás relaciones laborales. Asimismo, los empleados de la banca privada pueden ser de confianza o no de confianza.

Como se estableció en los incisos a y b anteriores, los empleados que realizan operaciones con los clientes de los bancos tiene por ese nombramiento los poderes necesarios para realizar dichas operaciones, obligando al principal en las maneras antes señaladas.

El Artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito señala expresamente que:

¹⁸⁵ Con la excepción de Banco Obrero y Citybank, N.A., para quienes se permitió un régimen mixto hasta la reprivatización. *Idem*, pp. 71 y 72.

¹⁸⁶ MEJAN, *Op. Cit.*, pp. 30 y 31.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 33.

"Las instituciones de crédito responderán directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el incumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que ellos incurran personalmente."

En relación con los bancos públicos (bancos de desarrollo y Banco de México) y autoridades obligadas a la guarda del secreto bancario, debemos señalar que sus empleados tienen el carácter de servidores públicos, por lo que su régimen tiene algunas diferencias en relación con los empleados del sector privado.

La diferencia entre altos funcionarios, funcionarios y empleados es meramente académica, puesto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 108 enlista quienes son los servidores públicos, que para efectos de nuestro tema es "...toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal", y luego la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos en su Artículo 2º señala que se sujetan a dicha Ley "las personas que manejen o apliquen recursos económicos federales".

El nombramiento ha sido denominado en la doctrina y la jurisprudencia como un acto unión, es decir, la voluntad del Estado y del funcionario se unen, el primero otorgándolo, y el segundo aceptándolo. No es un acto unilateral por la aceptación, ni es un acto contractual porque no hay negociación de las condiciones de trabajo.¹⁸⁹

De acuerdo con la teoría de los órganos de la administración, el titular de un órgano de la administración (persona física) al recibir su nombramiento recibe las facultades contenidas expresamente en ley, denominadas en su conjunto como "Competencia".

¹⁸⁸ ACOSTA ROMERO, *Op. Cit.*, p. 70.

¹⁸⁹ FRAGA, Gabino, "Derecho Administrativo", 33a, edición, México, Porrúa, 1994, pp. 128-134.

Los servidores públicos solamente pueden actuar dentro del ámbito de su competencia, por lo que todo acto fuera de dicha competencia será responsabilidad personal del servidor público.¹⁹⁰

Lo anterior nos lleva a la teoría de los "Funcionarios de Hecho", que son aquellos que actúan sin tener su nombramiento o fuera de su competencia. Cuando actúan fuera de su competencia no actúan en nombre del Poder Público¹⁹¹, y las personas afectadas por dichos funcionarios podrían ampararse por falta de competencia en violación directa al Artículo 16 Constitucional.

Cuando el servidor no tiene nombramiento se trata de una "Competencia de Origen", que puede ser derivado de la falta de investidura aún cuando se ha dado el acto-uni6n, o cuando el funcionario toma el cargo de una manera pacífica.¹⁹²

Los actos del funcionario de hecho de acuerdo con Don Manuel de la Peña y Peña pueden ser validos siempre y cuando:

"1° El acto sea de tal naturaleza que pueda legitimarse por el concepto com6n y cuyo valor no dependa de otra cosa que de la voluntad general...

2° es igualmente necesario que el error o concepto sea verdaderamente general de todo o de la mayor parte del pueblo, sin que baste que lo que sea s6lo de la menor o de una pequeña, y

3° que este error no sea demasiado craso o intolerable, sino racional y fundado en motivos y antecedentes algo probable".¹⁹³

Otro caso en el que se da la "Competencia de Origen" es el del usurpador, quien toma un

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 267-269.

¹⁹¹ *Idem*, pp. 158-160.

¹⁹² *Idem*, pp. 161 y 162.

¹⁹³ *Idem*, p. 163.

cargo público por la fuerza. Este usurpador no sólo no vincula al Poder Público, sino que también está sujeta a responsabilidades penales por la "Usurpación de Funciones".¹⁹⁴

d.- EL SECRETO BANCARIO

Una vez establecido qué personas pueden obligar al banco y la manera de hacerlo, es necesario relacionar estos conceptos con el secreto bancario.

El secreto bancario se relaciona con los conceptos anteriores cuando los representantes, factores, dependientes o empleados realizan operaciones con los clientes de los bancos, o incluso, como se explica mas adelante, cuando inician negociaciones previas a la operación respectiva.¹⁹⁵

Desde el momento antes señalado, se realiza el supuesto normativo señalado en el Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, por lo que dicho banco estaría obligado en los términos del Artículo y las disposiciones relativas.

Conforme a las Ley Laboral vigente es obligación de los empleados el guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento por motivo de su cargo, siendo una causal de rescisión del contrato individual de trabajo.¹⁹⁶

Las responsabilidades de los servidores públicos y de los empleados de bancos privados y de las personas que se hacen pasar por ellos se estudiarán en el Capítulo IX.

3.- PERSONAS RELACIONADAS CON LAS OPERACIONES

¹⁹⁴ *Idem*, p. 164.

¹⁹⁵ *Vid. Infra* Capítulo VIII.

Algunas veces es necesaria la intervención de personas ajenas al banco para realizar las operaciones celebradas con el cliente, por ejemplo la compra de instrumentos de deuda pública, o algunas cuestiones de gestoría.

Así pues, debemos dividir a estos auxiliares bancarios en dos tipos: los financieros y los no financieros.

a.- FINANCIEROS

Como se señaló en el Capítulo IV, casi todas las entidades financieras tienen disposiciones relativas a la confidencialidad de los asuntos de sus clientes (el banco). También como se comentó en dicho Capítulo, las entidades que no tienen regulación no pueden ser regidas por la Ley de Instituciones de Crédito.¹⁹⁷

Entendemos por auxiliares bancarios financieros aquellas entidades que ayudan a realizar las operaciones bancarios de los clientes.

Por ejemplo, si un cliente pide una carta de crédito para comprar maquinaria en el extranjero, quizá es necesario contratar un seguro de viaje, por lo que la aseguradora se convertiría en un auxiliar bancario financiero.

Si en el mismo ejemplo es necesario pagar en dólares y el banco no puede cubrir esa cantidad, tendrá que utilizar los servicios de una casa de cambio, convirtiéndose esta última en un auxiliar bancario financiero.

Estos auxiliares bancarios financieros no están obligados en los términos del Artículo 117

¹⁹⁶ *Vid. Infra* Capítulo IX.

de la Ley de Instituciones de Crédito, siendo el banco el único responsable frente a su cliente por los actos de dichos auxiliares.

Lo anterior no obsta para que el cliente o el banco demanden los daños y perjuicios a la entidad financiera.

b.- NO FINANCIEROS.

Las entidades no financieras que auxilian a los bancos a realizar las operaciones de sus clientes, tales como consultoría legal, cobranza y gestoría en general, tienen que guardar secreto profesional, y en caso de incumplimiento, caerían en las penas señaladas por el Código Penal por la revelación de secretos (Artículo 210 del Código Penal para el D.F.)

El secreto bancario no es aplicable porque no son instituciones de crédito, por lo que responderían conforme a lo señalado en el párrafo anterior, y en su caso, a los daños y perjuicios ocasionados al cliente del banco. En este supuesto, el banco también es responsable por los actos de sus auxiliares no financieros frente a su cliente.

4- SOCIEDADES DE INFORMACION CREDITICA

Como es sabido, durante diciembre de 1994 viene una de las peores devaluaciones del Peso Mexicano. A partir de esa fecha, los bancos se dieron cuenta que muchos de sus deudores no eran capaces de cubrir los créditos que les habían sido otorgados, ya sea por los efectos de la

¹⁹⁷ Este argumento no es aplicable para las sociedades de información crediticia, tal y como se explica en el punto 4 siguiente.

crisis o porque tenían deudas adicionales a las contratadas con dichos bancos.

La crisis provocó que los bancos restringieran sus créditos cobrando altos intereses y otorgando dichos créditos de manera cautelosa.

Para evitar un colapso del sistema bancario, se tomaron medidas correctivas y preventivas.

Dentro de las correctivas encontramos las reestructuras de las deudas en Unidades de Inversión (UDIs) que permitieron a la banca seguir recibiendo pagos de los deudores. Una de las medidas preventivas fue evitar que en el futuro se otorgaran créditos sin investigar cuidadosamente a las personas que lo reciben, por lo que se crearon las sociedades de información crediticia.¹⁹⁸

Estas sociedades tienen su antecedente en el Sistema Nacional de Información de Crédito Bancario (SENICREB), el cual durante su vigencia fue administrado por el Banco de México¹⁹⁹, el cual fue derogado el 15 de febrero de 1995 por el decreto publicado en el Diario Oficial que da a conocer las Reglas Generales a las que deberán sujetarse las Sociedades de Información Crediticia²⁰⁰ contenidos en las reformas al Artículo 33, y las disposiciones adicionadas mediante la creación de los Artículos 33-A y 33-B de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.²⁰¹

El Sistema servía para localizar a los deudores con un riesgo crediticio, fomentando la buena distribución del crédito. Para alcanzar este objetivo era indispensable tener la tecnología necesaria para administrar un Sistema eficaz, por lo que de acuerdo con la exposición de motivos de las Reformas, el Poder Ejecutivo señaló que:

¹⁹⁸ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, "Sociedades de Información Crediticia: Revelación del secreto Bancario", ANUARIO JURIDICO, Nueva Serie, México, 1995, p. 135.

¹⁹⁹ La primera reglamentación inició para bancos de depósito en el Artículo 14 en la Ley de 1932, extendido para toda la banca por la Circular 516, luego al Artículo 94 bis de la Ley de Instituciones de Crédito de 1941, estableciéndose mas tarde en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983 en su Artículo 74, y después de la reprivatización en el Artículo 74 de la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 dentro del Título Tercero, Capítulo Segundo. MEJAN, *Op. Cit.*, p. 171.

²⁰⁰ Reformadas por el decreto publicado en el Diario Oficial el 1º de septiembre de 1997.

²⁰¹ Publicadas en el Diario Oficial del 23 de julio de 1993.

"...se libera al Banco de México de la responsabilidad de administrar dicho Sistema de Información y se abre la posibilidad de que existan empresas constituidas por particulares cuyo objeto sea la prestación de servicios de información sobre las operaciones activas de los intermediarios financieros, de este modo se promueve la participación del sector privado en una actividad que requiere de importantes inversiones en sistemas y tecnología en general, permitiendo en consecuencia la concentración de recursos públicos en la atención de las demandas prioritarias de la población y las funciones básicas de gobierno. El esquema propuesto fortalece, asimismo, las facultades reguladoras de las autoridades financieras tratándose del procesamiento y uso de la información a que se ha hecho referencia".²⁰²

Las reformas privatizan el antiguo sistema de información público, pero también amplían su campo de acción de las entidades bancarias a todo tipo de entidades financieras (Regla Primera). Las sociedades comerciales que otorgan créditos han quedado incluidas como usuarios de las sociedades de información (Regla Tercera Fracción I).²⁰³

Por otro lado, hay que señalar que las Reglas contienen una facultad potestativa de pedir información. mientras que de acuerdo con las regulaciones de anterior SENICREB era obligatorio para los bancos proporcionar información respecto de sus clientes con los que tenían operaciones activas.

No obstante lo anterior, el Artículo Segundo Transitorio de la reforma del 23 de julio de 1997 señala que:

"Las instituciones de crédito deberán continuar participando en el sistema de información

²⁰² MEJAN, *Op. Cit.*, p. 172

²⁰³ *Idem*, p. 173.

de operaciones activas que administra el Banco de México, hasta en tanto no proporcionen dicha información a alguna de las sociedades de información...o el propio Banco deje de administrar el mencionado sistema..."²⁰⁴

A este respecto, Méjan afirma correctamente que no puede forzarse a nadie para participar en este tipo de sistema,²⁰⁵ pero también hay que considerar que la intención de estas reformas fue fomentar que los créditos fueran otorgados mediante una investigación previa, para lo que es necesario que alguien investigue al cliente potencial.

Es cierto que nadie puede ser obligado a participar en este sistema y menos mediante un Artículo Transitorio de un Decreto de reforma, por lo que nos parece que en este sentido, el Gobierno trató de imponer una obligación a los bancos para que otorgaran de una manera diligente los créditos.

Contrario a lo anterior, puede haber instituciones de crédito que no quieran participar en el sistema de información crediticia²⁰⁶, o incluso instituciones que realicen la labor de investigación por su cuenta, cumpliendo en este último caso con el espíritu de la ley: Que los créditos sean otorgados de manera correcta.

También hay que señalar que este Artículo transitorio no incluye a las demás entidades financieras, y por razones evidentes tampoco a los usuarios no financieros. Esto resulta lógico puesto que la disposición regula respecto de la situación de los bancos en relación al SENICREB.

Las actividades de información crediticia habían sido desarrolladas sin regulación alguna, tal y como lo reconoce el Artículo Segundo Transitorio del Decreto de las Reglas, mismo que impone la obligación a todos aquellos que habían venido desempeñando este tipo de funciones

²⁰⁴ *Idem*, p. 174.

²⁰⁵ *Idem*.

para que regularicen su situación a mas tardar 90 días después de la publicación, en caso contrario deberán suspender actividades.

La información debe ser relativa a las operaciones activas y "otras análogas" realizadas por entidades financiera. Las operaciones análogas son aquellas que conllevan un riesgo crediticio²⁰⁷, aplicando el término *mutatis mutandi* para las entidades financieras, y de la misma forma para las sociedades comerciales que dan crédito a sus clientes.

No es necesario mencionar los requisitos de constitución y operación, salvo los relacionados con nuestro tema, pero lo que si hay que señalar es que este tipo de sociedades están sujetas a un control de las autoridades financieras.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público otorga y revoca la autorización, señala usuarios adicionales y las cuotas que deberán pagar dichos usuarios por el ejercicio de facultades de inspección y vigilancia. También autoriza el cambio de accionistas, fusiones, escisiones y cambio de objeto.

El Banco de México es órgano consultivo previo a la constitución, emite las reglas generales para que las sociedades de información realicen sus actividades, y las remuneraciones que deban cobrar.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores funciona como órgano de vigilancia e inspección, pudiendo solicitar todo tipo de documentos necesarios para ejercer dicha facultad.

Las Reglas menciona que el Banco de México puede solicitar información a las sociedades en uso de sus facultades de inspección, facultad que también tienen las comisiones encargadas de la vigilancia de las entidades financieras.

Otro medio de control de las sociedades de información es establecer requisitos respecto de los accionistas, consejeros y director general de la sociedad. Los dos últimos requieren

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ *Idem.*, p. 175.

conocimientos técnicos y administrativos y de reconocida moral.

Debido a que las Reglas no señalan que tipo de conocimientos técnicos se refiere, consideramos que deben ser los necesarios para llevar a cabo plenamente las funciones que se le encargan.

Una limitación a lo anterior se establece cuando no se permite que los cargos antes mencionados los desempeñen personas sentenciadas por delitos patrimoniales, inhabilitadas para ejercer el comercio o aceptar empleo, cargo o comisión en el sistema financiero, así como los quebrados o concursados no rehabilitados, y quienes ejerzan funciones de vigilancia e inspección de estas sociedades. (Regla Decimoprimera)

El secreto bancario se aplica a este tipo de sociedades por disposición expresa del Artículo 33-A de la Ley para regular las Agrupaciones Financieras, e incluso va más allá, de manera correcta en nuestra opinión, al señalar que a los usuarios, sus empleados y funcionarios también se les aplica.

Para explicar la operación de este tipo de sociedades hay que señalar los sujetos que intervienen en una solicitud de información, los cuales son: la sociedades de información, el usuario y el sujeto investigado.

El usuario es el requeriente de la información, pudiendo ser entidad financiera o comerciante que otorga crédito a su cliente.

El sujeto investigado es aquella persona que autoriza al usuario a pedir información respecto de su comportamiento crediticio.

Las Reglas Tercera, Tercera bis-1 y Tercera bis-2 establecen los requisitos para obtener la información.

Los usuarios deben obtener la autorización expresa y por escrito de cada uno de los sujetos investigados con su firma autógrafa. La autorización para personas físicas no requiere

más requisitos que los anteriores. La autorización para las personas morales solamente es necesaria en caso de que el crédito no sobrepase cien mil UDI's.

Todas las autorizaciones tendrán una vigencia de seis meses, y las sociedades deberán guardarlas por 18 meses a partir de que proporcionó la información.

Las sociedades solamente podrán negar la información a los usuarios que no les proporcionen información para el desempeño de su objeto (Regla Decimosexta).

Las sociedades no puede proporcionar información sin la autorización previa del sujeto investigado, pero en el caso de los usuarios no pertenecientes al sistema financiero pueden solicitar la información mediante protesta de decir verdad de uno de sus funcionarios de que se cuenta con la autorización original, y se deberá proporcionar dentro de los treinta días siguientes a la solicitud. Esta excepción no aplica para las entidades financieras.

No hay un límite de consultas que pueden hacer los usuarios conforme a la Regla Decimasexta.

La Regla Decimoséptima bis establece la obligación de las sociedades de presentar ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores un manual de seguridad donde se señalará cómo se manejará la información, procesamiento de datos, seguridad física, lógica²⁰⁸ y en las comunicaciones.

Por otro lado, la misma Regla permite a las personas que proporcionen información a las sociedades de verificar los medios de seguridad utilizados para el manejo de la información.

Hay disposiciones establecidas en la Regla Quinta en las que la Comisión Bancaria puede prohibir a las sociedades de información proporcionar información a las personas que no hayan cumplido con los requisitos de la Regla Tercera (autorizaciones) siempre y cuando:

²⁰⁸ Las Reglas no señalan que significa este tipo de seguridad, pero consideramos que debe referirse a una estructura lógica del manejo de la información.

"I.- Reciban información sin contar con la autorización original, por un porcentaje superior a uno por ciento de las consultas realizadas por éstas al término de cada semestre calendario...ninguna sociedad podrá proporcionarles información por un periodo que no será menor a seis meses, a juicio de la Comisión...; y

II.- Cuando las personas ... violen de manera grave y reiterada este ordenamiento, o excedan en un semestre calendario el porcentaje señalado..., siempre y cuando exista culpa grave, dolo o mala fe."

Otra excepción a la autorización es la contenida en la Regla Séptima, que permite a las autoridades hacendarias federales y a las judiciales solicitar información respecto del sujeto investigado.

El secreto bancario de las sociedades de información crediticia está regulado en un principio por los Artículos 33, 33-A y 3-B de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras. Estos Artículos establecen que las sociedades tienen las obligaciones contenidas en el Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Por otro lado, la Ley establece que deberán guardar secreto en relación con la identidad de la institución acreedora del sujeto investigado, salvo que se trate del derecho de aclaración de datos. Esta obligación no tiene un plazo establecido, ni desvincula por la separación del empleo o cargo (Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Artículo 33-A)

Hay varias sanciones por la violación del secreto bancario contenidas en la Regla Tercera bis-2.

En primer lugar, las sociedades que proporcionen la información sin autorización se le aplicarán las sanciones establecidas para el secreto bancario.²⁰⁹

Cuando las sociedades otorguen información a las entidades no financieras sin

proporcionar la autorización, habrá la misma sanción siempre y cuando no comuniquen este hecho a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que debieron darla. Esta disposición establece un plazo de gracia que debería condicionarse a la imposibilidad de la sociedad para obtener dicha autorización.

Cuando se proporcione información a las entidades financieras serán sancionadas cuando no obtengan la manifestación bajo protesta de decir verdad.

La Regla Cuarta establece que la Comisión Bancaria, previa audiencia del interesado, podrá inhabilitar de 6 meses a 10 años para que desempeñe un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero, a los empleados o funcionarios que violen el secreto bancario o las disposiciones contenidas en la Regla Tercera que regulan la autorización. También establece que proceden los daños y perjuicios y las sanciones establecidas en otros ordenamientos legales.

Por otro lado, la Regla Quinta establece que las personas no autorizadas que obtengan información o violen el secreto bancario serán responsables de daños y perjuicios. También aplica a sus funcionarios y empleados.

La Regla Vigésimasegunda establece las causales que permiten a la Secretaría de Hacienda revocar la autorización a las sociedades de información, en el caso de que:

"I.- Se niegue a proporcionar información y documentos al Banco de México o cualquiera de las comisiones encargadas de la inspección y vigilancia de las entidades (financieras).

II.- Cometa de manera grave o reiterada violaciones al secreto bancario.

III.- Deje de cumplir con alguno de los requisitos establecidos en la Décima de estas Reglas.

IV.- No inicie actividades dentro de los seis meses posteriores a la fecha en que la autorización haya sido otorgadas.

V.- Infrinja lo dispuesto en la Decimosexta de las presentes Reglas, o

VI.- Infrinja de manera grave o reiterada la Ley, las presentes Reglas o cualquier otra disposición aplicable."

Las causas de revocación anterior parecen muy razonables, salvo las fracciones II y VI, en las cuales no se establecen parámetros conforme a los cuales la Secretaría de Hacienda debiera proceder.

En algunos países de Europa ha sido prevista la figura del *Ombudsman* de la información o el *Habeas Data* que protege a los ciudadanos respecto de las garantías individuales de la información personal.²¹⁰ En nuestro país podría decirse que esas funciones las tienen las Comisiones de Derechos Humanos Federal y Locales.

Una vez expuesto el marco jurídico de las sociedades de información, es importante señalar que las sociedades de información sirven al sujeto investigado para agilizar su crédito.

Tomando como base que se requiere la autorización de dicho sujeto para iniciar la investigación, no se puede afirmar que las disposiciones de las sociedades de información crediticia convierten las excepciones al secreto bancario en regla general.

Por último hay que señalar que el legislador es inconsistente al establecer reglas muy detalladas, y correctas (sin contar las críticas hechas anteriormente), respecto al secreto bancario de las sociedades de información crediticia sin tratar de concordar con la Ley de Instituciones de Crédito que sería técnicamente, con las salvedades señaladas, la ley especial.

5.- BANCO DE MEXICO

Las reformas del 18 de agosto de 1993 a la Constitución en su Artículo 28, señalan que el Banco de México deberá realizar sus funciones de manera autónoma, con lo que se modificó su naturaleza de organismo descentralizado a organismo autónomo.²¹¹

El Banco Central entre sus funciones tiene como fin regular la política bancaria y monetaria, pero también recibe depósitos de la banca privada y administra fideicomisos como el FOBAPROA (Fideicomiso Bancario de Protección al Ahorro).

En razón de esto, la Ley del Banco de México en su Capítulo VII: De las Disposiciones Generales, prevé en su Artículo 58 lo siguiente:

"Al Banco de México, a los miembros de su Junta de Gobierno, así como a los funcionarios y empleados de la Institución, les serán aplicables las disposiciones relativas al secreto bancario y fiduciario previstas en Ley."

De lo anterior se deriva que todas disposiciones relativas al secreto bancario son aplicables al Banco de México y los servidores públicos que trabajan en él.

Las únicas disposiciones que deben aplicarse son las referentes a las sociedades nacionales del crédito, ya que aún con su carácter autónomo, sigue siendo parte del Poder Público, aplicándose supletoriamente la Ley de Instituciones de Crédito.

6.- CNBV

La Comisión Nacional Bancaria es el órgano encargado de la vigilancia e inspección de

²¹⁰ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, *Op. Cit.*, p. 155.

²¹¹ BORJA MARTINEZ, *Op. Cit.*, pp. 105-107.

las instituciones de crédito (Artículo 123 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Consideramos conveniente Respecto del ejercicio de las facultades de vigilancia e inspección nos remitimos al Capítulo VIII, Apartado C.

Ejerciendo las facultades anteriores, la Comisión podría solicitar a los bancos los datos generales de los clientes de los bancos.

Por otro lado, la Comisión es el conducto legal por el cual las autoridades deben solicitar información a las instituciones de crédito, por lo que tiene acceso a la información requerida.

Por lo tanto, la Comisión está obligada a guardar el secreto bancario.

7.- AUTORIDADES FISCALES

En México, como en muchos países, la comprobación de las obligaciones fiscales es en primera instancia obligación del contribuyente, sin embargo en caso de incumplimiento (presunto o real) de las mismas, las autoridades fiscales pueden ejercer sus facultades de comprobación.

Habíamos señalado en el Capítulo IV, Apartado D existe el "secreto fiscal", mismo que establece obligaciones de confidencialidad a los funcionarios que obtengan información por razón del ejercicio de sus facultades de comprobación e inspección.

Por lo tanto, cuando las autoridades fiscales obtenga información de las instituciones de crédito deberá guardar la confidencialidad, y estará sujeta a las responsabilidades señaladas por ley.

Debe mencionarse que las únicas autoridades fiscales que pueden solicitar información son las federales.

Esto quizá se debe a que la materia bancaria es federal, o quizá a que el legislador consideró que estas facultades solamente podrían utilizarse para defraudar en materia de Impuesto sobre la Renta.

A nivel internacional, México tiene tratados firmados con diversos países para evitar la evasión fiscal. En general, todos los tratados prevén que la información de que las autoridades fiscales pueden proporcionar no puede ser mayor a sus facultades ni puede violar el derecho de donde procede la información.

Como ejemplo podemos encontrar el Tratado entre México y Estados Unidos²¹², en el cual, se prevé en su Artículo 1º, Sección 3, Inciso c) que los contratantes se brindarán ayuda mutua con las limitaciones impuestas por sus leyes, salvo que al proporcionar la información se puedan divulgar secretos empresariales, industriales, comerciales, profesionales o procedimientos comerciales, que por los argumentos que se exponen en el Capítulo IV: Figuras Afines, no aplica.

En este sentido, el secreto bancario quedaría protegido por dichas disposiciones.

8.- PROCURADURIA DE JUSTICIA

La Procuraduría de Justicia no se encuentra dentro de los sujetos autorizados por la Ley de Instituciones de Crédito para solicitar informes a dichas instituciones. Sus facultades derivan en primera instancia de la facultad constitucional de perseguir los delitos y luego de su Ley Orgánica y Reglamento respectivo.

Consideramos una falta de técnica legislativa el no coordinar las facultades en una sola ley, puesto que la ley especial es la Ley de Instituciones de Crédito. A este respecto, Méj

señala que en la práctica no ha habido conflictos de leyes, porque tanto la Procuraduría como la Secretaría de Hacienda han aceptado en la práctica que la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia Federal son complementarias²¹³.

Así pues, cuando la Procuraduría solicita informes a las instituciones de crédito está sujeta a las obligaciones de confidencialidad y a las responsabilidades derivadas de su incumplimiento.

9.- AUTORIDADES JUDICIALES

Conforme al Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, las autoridades judiciales pueden solicitar a las instituciones de crédito informes sobre los clientes de los bancos cuando estos sean parte en los juicios que conozcan.

Cuando una autoridad judicial solicita información de las instituciones de crédito, se convierte en sujeto pasivo del secreto bancario, por lo que la obliga en los términos del Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

En *strictu sensu* el término "autoridades judiciales" excluye a las autoridades administrativas que realizan funciones jurisdiccionales como las Juntas Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Fiscal de la Federación y los Tribunales Agrarios.

Hay que considerar que la razón de la disposición es que las instituciones de crédito auxilien en la administración de justicia. No existe otra razón mas que falta de técnica legislativa el no incluir a dichas autoridades.

²¹² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1990.

²¹³ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 77 y 78.

10.- PERSONAS AJENAS A LA RELACION JURÍDICA

Hemos señalado que el secreto bancario se configura como una relación jurídica. Conforme al principio jurídico de que "los efectos solamente surten entre las partes".²¹⁴

Lo anterior tiene una gran trascendencia, puesto que las personas ajenas al secreto bancario no tienen obligación de guardar reserva, y en el caso de que causen daños y perjuicios podrán ser pedidos por vía civil únicamente, puesto que en el ámbito penal se requiere que el sujeto conozca los datos por razón de su cargo.

²¹⁴ BORJA SORIANO, *Op. Cit.*, pp. 276 y 277.

CAPITULO VIII: OBJETO, ALCANCES Y EXCEPCIONES

A.- OBJETO

En nuestro Derecho, el secreto bancario originalmente nació para proteger las operaciones de depósito, sin embargo se ha extendido a todo tipo de operaciones bancarias.

Es curioso señalar que la Ley de Instituciones de Crédito todavía mencione en forma separada a las operaciones de depósito. Quizá esto se debe a que tradicionalmente se ha considerado a esta operación como esencialmente bancaria, pero quizá también se debe a que este Artículo fue prácticamente una copia pulida de leyes anteriores, por lo que el legislador no previó el desarrollo de operaciones derivadas de la práctica bancaria internacional.

Méjan opina que la obligación del secreto bancario comprende la totalidad de las operaciones, tales como el nombre, las cantidades y la información preparatoria, señalando además que la revelación parcial o total sería una violación al secreto bancario.²¹⁵

Consideramos que no es del todo exacta la postura de Méjan, puesto que el banco tiene que hacer uso de la información recibida por el cliente para realizar las operaciones de su cliente.

Un criterio generalmente aceptado dentro de la doctrina y la jurisprudencia mundiales, es que el secreto bancario abarca "todo aquello que el funcionario del banco pueda conocer por virtud de su cargo"²¹⁶.

Lo anterior convierte en una obligación muy amplia al secreto bancario, puesto que incluye lo que puede conocer, no importando si lo conoció o no.

²¹⁵ MEJAN, *Op. Cit.*, pp. 116 y 117.

²¹⁶ MALAGARRIGA, Juan Carlos, pp. 73 y 74.

En este sentido, no hay forma de que una persona se obligue a guardar una información que no recibió sino hasta el momento de la recepción, debido a que es el momento en que se determina.

La información obtenida por terceros no se incluye en el secreto bancario de acuerdo con Robert Hernion, debiendo actuar como dice el autor de manera prudente como en cualquier negocio²¹⁷.

Sin embargo, en caso de que esa información sea en primer lugar obtenida por un tercero, y después sea proporcionada por el cliente, desde ese momento obliga al banco.

La información obtenida por un tercero no obliga en los términos del secreto bancario, pero el banco debe guardar sigilo por diligencia a fin de evitar que la revelación de esa información le cause un daño irreparable al cliente.

Hay que considerar que solamente las personas involucradas en las operaciones del cliente están obligadas al secreto bancario.

Por otro lado, ni en la doctrina ni en la legislación hay un término de prescripción señalado para guardar el secreto bancario.

La prescripción es una institución encaminada a proporcionar seguridad jurídica, y como señala Baudry-Lacantinerie "es una necesidad social que los derechos no puedan ejercitarse indefinidamente... Todo derecho debe tener un fin"²¹⁸.

Con excepción de lo establecido para las Sociedades de Información Crediticia, no hay término establecido para seguir guardando la confidencialidad, por lo que nos remitimos a las reglas comunes de prescripción mercantil.

²¹⁷ *Idem*, p. 72.

²¹⁸ BORJA SORIANO, *Op. Cit*, p. 649.

La prescripción mercantil se regula por el Código de Comercio en el Libro Cuarto, Título Segundo, sin embargo, como no hay disposición aplicable en dicho Código, y de acuerdo con el Artículo 2 del mismo Código se aplica el Código Civil del Distrito Federal.

La regla general se establece en el Artículo 1159 de dicho Código Civil, el cual señala que se necesita el transcurso de diez años para que una obligación prescriba contado a partir de que es exigible.

La obligación anterior es aplicable para obligaciones de dar o de hacer, pues desde el momento que es exigible la obligación se puede contar un plazo, pero en el caso del secreto bancario como obligación de no hacer, la obligación es exigible desde que inicia la relación entre el banco y el cliente.

Este plazo resultaría insuficiente puesto que hay operaciones como las de fideicomiso y créditos hipotecarios que pueden durar mucho mas de diez años.

Consideramos que el plazo de prescripción debería contarse desde el momento en que la relación termina.

B.- EXCEPCIONES.

Dentro de las excepciones que encontramos al secreto bancario son:

1.- CLIENTE.

Es evidente que cuando el cliente como titular del derecho (sujeto activo) autoriza expresamente al banco para revelar el secreto bancario, no incurre en responsabilidad alguna.

Lo único que resta explicar es la nomenclatura utilizada por la Ley de Instituciones del Crédito.

La Ley señala al depositante como sujeto activo del secreto bancario, que a nuestro parecer es una reminiscencia de las anteriores leyes que limitaban el secreto bancario a las operaciones de depósito.

La palabra deudor no se refiere al deudor del cliente del banco, sino que se entiende como la persona que celebró una operación activa con el banco, por ejemplo un crédito.

No requiere mayor explicación la facultad del titular para solicitar informes a las instituciones de crédito respecto de operaciones que él mismo celebra con dicho banco.

Es importante señalar que el beneficiario tendría facultades para solicitar información de las instituciones de crédito hasta el momento en que adquiriera tal carácter.

Por medio de la Circular 884 del 29 de septiembre de 1982, a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria autoriza a los inspectores fiscales para que tengan acceso a las operaciones en las que interviene la Tesorería de la Federación, es decir, todo lo relacionado con la actividad recaudadora de los bancos.²¹⁹

Por último, los apoderados y personas autorizadas para intervenir en la operación estarán legalmente facultados cuando tengan poderes para administración o dominio, o en su caso, poderes especiales para celebrar esa operación en específico.

2.- COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES.

La facultad de vigilancia es la labor de supervisión que realiza desde sus oficinas a partir de la información que recibe de las instituciones supervisadas. Por otro lado, la facultad de

inspección significa la práctica de revisiones *in situ*²²⁰.

Dentro de las facultades de vigilancia encontramos la evaluación y análisis del comportamiento y evolución de las operaciones bancarias durante un mismo mes del año anterior, revisar el balance anual de las instituciones de crédito, el comportamiento en la diversificación de riesgos, la calificación de la cartera de crédito, supervisión de créditos relacionados, Etc.²²¹.

Las funciones de inspección se complementan con las de vigilancia debido a que las primeras alimentan las segundas. Las instituciones de crédito deben entregar informes sobre su comportamiento, pero además de eso, la Comisión utiliza los resultados obtenidos por las inspecciones para ejercer dichas funciones de vigilancia²²².

Las visitas de inspección son ordinarias o de programa, especiales y de investigación.

Las ordinarias se refieren a las programadas por la Comisión durante los primeros meses del año para hacer una revisión general de las operaciones de las instituciones de crédito²²³.

Las especiales y las de investigación buscan un fin específico y pueden derivar de situaciones anómalas, denuncias de la Secretaría de Hacienda, Banco de México, FOBAPROA o de un tercero²²⁴.

Sin embargo, es necesario precisar que la Comisión como el órgano de inspección y vigilancia, debe ser el conducto legal para requerir información a las instituciones de crédito.

No existen bases sobre las cuales la Comisión Nacional Bancaria acepte la solicitud de las autoridades para requerir información a las instituciones de crédito. Tampoco existen bases para que la Comisión se niegue a requerir información a las instituciones de crédito.

²¹⁹ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 83.

²²⁰ VARIOS AUTORES, "Comisión Nacional Bancaria", p. 153.

²²¹ *Idem*, pp. 154-170.

²²² *Idem*, p. 165.

²²³ *Idem*, p. 166.

²²⁴ *Idem*, pp. 166 y 167.

3.- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Como hemos comentado, el secreto bancario ha sido limitado en nuestra legislación porque ha sido utilizado como un medio para efectuar el llamado lavado de dinero, lo cual se ha tratado de evitar invistiendo a las autoridades penales con facultades de investigación suficientes para acreditar fehacientemente delitos.

En nuestro sistema jurídico el único que puede ejercer la acción penal es el ministerio público federal o local. Antes de ejercer la acción penal es necesario hacer diversas investigaciones para poder acreditar que hay una probable responsabilidad penal en el asunto que se trata.

De acuerdo con el Artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que cuando se trate de investigaciones que requieran información proveniente del Sistema Financiero, el Procurador General de la República o a quien se le deleguen facultades, deberá requerir dicha información a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, lo cual concuerda con lo establecido en el Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito²²⁵.

El Artículo 8 de la Ley de la Procuraduría General de la República señala todo el procedimiento de la persecución de los delitos, el cual comprende desde la averiguación previa, medidas precautorias y todo tipo de providencias relacionadas con el juicio²²⁶.

El Artículo 13 de dicha Ley otorga la facultad al ministerio público para requerir a las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal, autoridades del Distrito Federal

²²⁵ MEJAN, *Op. Cit.*, p. 75.

²²⁶ *Idem.*

y cualquier otra que pueda aportar elementos de prueba al juicio²²⁷.

Las facultades anteriores las ejercerá la delegación de la Procuraduría de cada Entidad Federativa, de acuerdo con la Fracción II del Artículo 46 del Reglamento de la Ley²²⁸.

Dentro de las obligaciones de los agentes del Ministerio Público Federal y los de la Policía Judicial encontramos que conforme al Artículo 51 Fracción XI están obligados a preservar el secreto de los asuntos que conozcan por sus funciones²²⁹.

Diversos oficios-circulares han reglamentado la obligación de proporcionar informes a la Procuraduría General de la República y a las autoridades investidas de facultades para requerir dichos informes.

El 9 de abril de 1956 se expide la Circular número 11683-297, por la cual la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en interpretación del Artículo 105 de la Ley de 1941 señala que los informes que la Procuraduría Federal de la República requiera a las instituciones de crédito deberán ser proporcionados directamente a dicha Procuraduría y a diversas autoridades descritas en dicha Circular. En la misma Circular se señala que esta facultada es totalmente discrecional de parte de la Procuraduría²³⁰.

El 7 de julio de 1977 en la Circular 743 se establece que para la investigación del delito de libramiento de cheques sin fondos no es necesario la autorización de la Procuraduría para acudir a las instituciones del crédito e investigar los delitos. Sin embargo, cuando se trata de otros delitos es necesario que se le autorice el Procurador. Debemos señalar que el libramiento de cheques sin fondo cambió de un delito a un resarcimiento de daños y perjuicios²³¹.

El 8 de agosto de 1983 se expide el Oficio Circular número 43001-1029 establece el mismo criterio que el Oficio Circular del 9 de abril de 1956 y simplemente hace ajustes en la

²²⁷ *Idem*, p. 76.

²²⁸ *Idem*, p. 77.

²²⁹ *Idem*.

²³⁰ *Idem*, pp. 78 y 79.

nomenclatura para adecuarla a la nueva Ley Bancaria de 1983²³².

El 8 de enero de 1992 bajo el esquema de la actual Ley de Instituciones de Crédito se expide la Circular número 1139 del 8 de enero de 1992, en la cual se establece quienes son las autoridades de la Procuraduría que pueden solicitar informes a las instituciones de crédito: "C.C. Procurador, Subprocurador, Director General de Averiguaciones Previas, Director General de Procesos, Coordinador General Jurídico y Director General Jurídico"²³³.

El 17 de agosto de 1992 por la Circular número 1153 se incluyen como autoridades a los Subprocuradores Regionales y Delegados Estatales²³⁴.

No parece coherente que existiendo la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, los informes que la Procuraduría solicite a las instituciones de crédito sean directamente proporcionados a dicha Procuraduría.

Parece que estamos frente a una cesión de facultades para dar celeridad a las investigaciones de delitos. El problema es que se establece una discrecionalidad total para que la Procuraduría solicite los informes.

Consideramos necesario que la Ley Orgánica de la Procuraduría o la Ley de Instituciones de Crédito establezcan algunas causales o límites a la Procuraduría para solicitar información, debido a que actualmente la única protección al secreto bancario sería la simple expedición del oficio que requiere dicha información.

Las circulares son derivadas de la facultad reglamentaria contenida en el Artículo 89 Constitucional Fracción I, por lo que no son Leyes formales, y no pueden modificar las mismas.

Por otro lado, es necesario aclarar que las circulares son de tipo aclarativo, estableciendo como se aplican las disposiciones legales. Esto nos lleva a pensar que las circulares no

²³¹ *Idem*, p. 79

²³² *Idem*, p. 84.

²³³ *Idem*, p. 85.

²³⁴ *Idem*, p. 86.

importando su nombre, se dirigen hacia las personas que se encuentran dentro de la competencia del emisor interpretando la ley²³⁵.

La Jurisprudencia Mexicana han ratificado los anteriores criterios señalando que:

"Las circulares no pueden ser tenidas como ley, y los actos de las autoridades que se fundan en aquellas, importan una violación a los Artículos 14 y 16 constitucionales.

Quinta Epoca

Tomo VII, p. 1137, Arias Vda. de Ramírez Cristina

Tomo XVII, p. 113, Sánchez Aldana Antonio

Tomo XVIII, p. 75, Gómez Ochoa y Compañía

Tomo XIX, p. 1115, Arch. José

Tomo XIX, p. 1217, Corcuera Hermanos, Sucs"²³⁶.

Otra tesis ha señalado que "...las circulares no pueden modificar las disposiciones de una ley, siendo su objeto únicamente, aclararlas o reglamentarlas, por lo que no pueden considerarse como derogatorias ni modificatorias de esa ley. Quinta Epoca: Tomo XVII, p. 1113. Sánchez Aldana Antonio"²³⁷.

Por otro lado, se estableció que "las circulares carecen de fuerza legal para derogar los derechos establecidos por las leyes, a menos que las mismas establezcan, como regla de su aplicación, lo que en dichas leyes se diga. Quinta Epoca, Tomo XIX, p. 1115, Arch. José"²³⁸.

Por último, podemos señalar que las circulares no son reglamentos, tal y como lo

²³⁵ *Idem*, pp. 90 y 91.

²³⁶ *Idem*, p. 92.

²³⁷ *Idem*.

²³⁸ *Idem*, p. 93.

establece la siguiente tesis:

"...Las circulares no tienen el carácter de reglamentos gubernativos o de policía, pues en tanto que éstos contienen disposiciones de observancia general, que obligan a los particulares en sus relaciones con el poder público, las circulares por su naturaleza, son expedidas por los superiores jerárquicos, en la esfera administrativa, dando instrucciones a los inferiores, sobre el régimen interior de las oficinas, o sobre su funcionamiento con relación al público, o para aclarar a los inferiores la inteligencia de disposiciones ya existentes; pero no para establecer derechos o imponer restricciones al ejercicio de ellos. Aún en el caso de que una circular tuviera el carácter de disposición reglamentaria gubernativa, para que adquiriese fuerza debería ser puesta en vigor mediante su publicación, en el Diario Oficial, puesto que las leyes y reglamentos sólo pueden obligar cuando son debidamente expedidos, publicados y promulgados. También podría aceptarse que el contexto de una circular obliga a determinado individuo, si le ha sido notificada personalmente; pero si tal circunstancia no se acredita por la autoridad responsable, los actos que se funden en la aplicación de una circular resultan atentatorios.

Quinta Epoca. Tomo XXXII, p. 471. Cía 'Imperio'²³⁹.

Debe mencionarse que en todas las circulares antes citadas se han incluido las facultades a las autoridades fiscales por "solicitud del Procurador General de la República", lo cual consideramos inapropiado, puesto que dichas facultades derivan de la ley, y no pueden ser otorgadas por circulares o por petición de un órgano administrativo a otro, pues se caería en una invasión de esferas.

Por lo tanto, solamente podrá excepcionarse la institución de crédito cuando lo

proporcione a las autoridades debidamente facultadas por ley.

4.- AUTORIDADES FISCALES FEDERALES.

Así como las Circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores han regulado los requerimientos de la Procuraduría, también han regulado la intervención de las autoridades fiscales. Esta es una breve exposición.

El 10 de abril de 1946 se emite la Circular 297 por la cual se solicita a las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares que proporcionen la información que les soliciten las autoridades fiscales (inspectores) debidamente identificados²⁴⁰.

El 8 de noviembre de 1946 en la Circular 12743-26 se aclara que el inspector fiscal debe presentar a la institución de crédito el oficio que le encomendaba la comisión o investigación respectiva²⁴¹.

El 28 de diciembre de 1977 se emitió la Circular 758 en la cual se señala que toda información que la institución proporcione a terceros:

"... sólo podrá contener datos de carácter general acerca de la actividad del informado, clase e importancia del negocio que maneje, su experiencia en el ramo, solvencia moral y económica, Etc, pero sin incluir noticia alguna acerca de la naturaleza e importe de los depósitos, inversiones, líneas de crédito, responsabilidades y cualesquiera otras operaciones que tengan con la institución informante, ni respecto al sistema con que acostumbra manejar sus cuentas..."²⁴².

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ *Idem*, p. 78.

²⁴¹ *Idem*, p. 79.

²⁴² *Idem*, pp. 82 y 83.

Es importante señalar que de acuerdo con el Artículo 5 de la Ley de Instituciones de Crédito, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la encargada de interpretar dicha Ley en representación del Ejecutivo Federal.

Estas Circulares como las que se refieren a la Procuraduría, señalan que las instituciones de crédito deberán proporcionar la información que les requieran las autoridades fiscales sin pasar por la Comisión Nacional Bancaria.

5.- AUTORIDADES JUDICIALES.

El Artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito faculta a las autoridades judiciales para solicitar informes a las instituciones de crédito cuando su cliente sea parte.

Conforme el Artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, las autoridades judiciales tienen facultades para decretar de oficio las diligencias para mejor proveer, mediante las cuales pueden ampliar una prueba u ordenar de oficio una no practicada²⁴³.

Por lo tanto, la mención de las autoridades judiciales se hizo por técnica jurídica, más que por otorgar facultades.

²⁴³ OVALLE FAVELA, José, "Derecho Procesal Civil", sexta edición, México, Harla, 1994, pp. 137 y 138.

CAPITULO IX:

RESPONSABILIDADES POR LA VIOLACION

Las sanciones por violación del secreto bancario se establecen en diversas leyes. Como hemos expuesto, las disposiciones del secreto bancario están dispersas por todos los ordenamientos legales: las sanciones son las siguientes:

A.- RESPONSABILIDAD PENAL.

En México no existe un tipo específico de "violación del secreto bancario", sin embargo por lo elementos del tipo penal, sería aplicable la "Revelación de Secretos".

Los elementos del tipo penal son los siguientes:²⁴⁴

- 1.- La revelación es dar a conocer un hecho a una persona o a varias que desconocían el hecho y que no están legitimadas para conocer tal hecho.
- 2.- La información que se revela debe ser confidencial.
- 3.- La información debe haberse recibido por motivo del trabajo.
- 4.- Sin causa justa.
- 5.- Con perjuicio de alguien, lo cual lo convierte en un delito de resultado. Por otro lado, el daño puede ser patrimonial o moral.
- 6.- Sin consentimiento del sujeto activo.

²⁴⁴ JIMENEZ HUERTA, *Op. Cit.*, pp. 180-193.

De acuerdo con Méjan, la violación del secreto bancario daña la credibilidad del sistema bancario, por lo que debería de castigarse incluso el grado de tentativa²⁴⁵.

Por otro lado, tenemos los delitos cometidos contra y por las autoridades.

En el primer grupo encontramos la resistencia y desobediencia a las autoridades, delitos contenidos en los Artículos 178 a 183, por los cuales los particulares deben cooperar con las autoridades, ya sea no ejecutando un acto de autoridad o declarar cuando sea requerido.

Dentro del segundo grupo encontramos que los servidores públicos pueden cometer delitos tales como el ejercicio indebido del servicio público y el abuso de autoridad, aprovechándose de sus facultades para obtener provecho de la información que conozcan por su cargo.

A manera de propuesta podría establecerse un tipo penal en los siguientes términos:

"A la persona que por razón de su cargo en una Institución de Crédito, conociere información relativa a las operaciones de un cliente potencial o actual de dicha Institución, deberá guardar reserva de dicha información, salvo que se revele en los casos establecidos por la Ley de Instituciones de Crédito.

En caso de incumplimiento de la anterior disposición se aplicará:

a) De XXXX a YYYY de multa y prisión de XXXXX a YYYY años en caso de que la conducta fuere culposa; o

b) De XXXX a YYYY de multa y prisión de XXXX a YYYY años en caso de que la conducta fuere dolosa.

Para determinar la pena, el juez tomará en cuenta:

a) El cargo del sujeto activo del delito si lo tuviere;

b) El grado de dolo o culpa con que se cometió;

²⁴⁵ MEJAN, *Op. Cit.*, pp. 121 y 122.

c) El beneficio potencial o actual obtenido por el delincuente o por un tercero que se relacione con el; y

d) El daño potencial o actual que recibió el sujeto pasivo."

B.- RESPONSABILIDAD LABORAL.

Hay disposiciones específicas en las leyes laborales en relación con la guarda de secretos.

Dentro de las obligaciones de los trabajadores encontramos que el Artículo 134 Fracción XIII establece que los trabajadores deberán:

"Guardar escrupulosamente los secretos técnicos comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimientos por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación puede causar perjuicios a la empresa".

Por otro lado, la Fracción XI del Artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo establece como causal de rescisión sin responsabilidad para el patrón:

"Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter privado, con perjuicio de la empresa".

La Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado contiene en sus Artículos 44 Fracción IV y 46 las mismas disposiciones que la Ley Federal del Trabajo, salvo la sujeción de la

responsabilidad al "perjuicio" causado.

Los reglamentos interiores de trabajo de las instituciones de crédito normalmente contienen la obligación de guardar sigilo, Méjan señala un ejemplo donde se le prohíbe a los empleados:

"Externar información acerca de las operaciones, a personas distintas de sus jefes, el depositante, deudor o beneficiario, o sus apoderados, o revelar asuntos de su trabajo o de carácter reservado del Banco a personas no relacionadas directamente con los mismos, a fin de no faltar al secreto bancario o al sigilo profesional"²⁴⁶.

Para evitar la revelación entre el personal del banco, se podría implementar el mecanismo estadounidense llamado "La Pared", por la cual, los empleados bancarios de un área no pueden conocer información proporcionada a otra área del banco.²⁴⁷

C.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Dentro de la Ley de Instituciones de Crédito encontramos que no hay una responsabilidad administrativa específica para la violación al secreto bancario, pero encontramos que el Artículo 109 señala en forma genérica que:

"La infracción a cualquiera de las disposiciones de esta Ley, que no tengan sanción especialmente señalada, se castigará con multa equivalente de cien a cincuenta mil veces el

²⁴⁶ *Idem*, pp. 123-125.

²⁴⁷ 8.- WESSLING, Robert B., *Op. Cit.*, p. 161.

salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que impondrá administrativamente la Comisión Nacional Bancaria".

Consideramos que esta disposición es demasiado general, y que debido a la importancia del secreto bancario debería establecerse una multa específica en caso de violación.

D.- RESPONSABILIDAD CIVIL.

De acuerdo con Méjan, el Artículo 1910 del Código Civil sería aplicable a la violación del secreto bancario, debido a que señala que: "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otra persona deberá indemnizarla con daños y perjuicios"²⁴⁸.

Los Artículos 317 y 321 del Código de Comercio señalan que las responsabilidades de los factores y los dependientes serán pagadas por sus principales

Consideramos que conforme a lo antes expuesto, la violación del secreto bancario traería como consecuencia una responsabilidad del banco a pagar los daños y perjuicios conforme al Código de Comercio, pero siendo siempre supletorio el Código Civil en las cuestiones accesorias como las definiciones de los "daños" y "perjuicios"

Es cierto que los daños y perjuicios son morales o pecuniarios, sin embargo, es muy difícil probar la existencia de un daño moral sin que existan repercusiones económicas que puedan demostrar aquel

No puede olvidarse tampoco el nexo de causalidad que debe unir a la persona que causó el daño y al daño mismo, siendo una consecuencia lógica del daño causado²⁴⁹.

⁴⁸ *Idem*, pp. 129 y 130.

⁴⁹ *Idem*, pp. 130 y 131.

2.- Como hemos expuesto, las autoridades judiciales y las autoridades hacendarias federales a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores pueden obtener información de los clientes de los bancos sin violar el secreto bancario.

Así mismo, también hemos expuesto la necesidad de limitar esas facultades a la discrecionalidad de dichas autoridades estableciendo normas específicas que garanticen el secreto bancario.

Por ejemplo, podría establecerse que ninguna autoridad podrá requerir información a un banco respecto de sus clientes mientras no demuestre que dicha información es necesaria para el buen ejercicio de sus facultades.

Otro medio sería que el funcionario que requiere la información firme una carta responsiva donde se obligue a utilizar la información solamente para cumplir con su deber, y que la devolverá o destruirá cuando ya no sea necesaria.

Como hemos expuesto, las autoridades tienen responsabilidades específicas por el mal manejo de la información obtenida utilizando sus facultades, sin embargo, esta carta responsiva podría servir como un medio psicológico que refuerce la protección legal.

3.- Es de opinión común que el secreto bancario fomenta o protege el lavado de dinero, pero hay que matizar esta afirmación.

El secreto bancario puede ser utilizado como medio para lavar dinero, es decir, como abuso de un derecho.

Los candados impuestos por la ley para guardar el secreto bancario no justifican que el banco permita el lavado de dinero. Para evitar esto sería recomendable que el banco

solicite al cliente documentación que justifique los recursos que utiliza en sus operaciones. En este caso, el banco tomaría una plena responsabilidad si acepta dinero ilegal.

4.- En nuestro Capítulo de la Historia del Secreto Bancario, señalamos que el legislador siempre ha elaborado las disposiciones en materia de secreto bancario tomando como base las disposiciones anteriores.

Es obvio que el legislador tiene que tomar como base las disposiciones previas, porque no puede ignorar las realidades anteriores. Sin embargo, consideramos que en materia de secreto bancario, el legislador no ha actualizado las disposiciones, olvidando que el Derecho siempre tiene que reflejar la realidad.

Las operaciones bancarias se vuelven más complejas cada día por lo que es necesario tomar en consideración todo los nuevos elementos que participan en dichas operaciones día a día.

En este sentido, hay que recalcar que los bancos realizan cada vez mas esfuerzos para guardar la confidencialidad del secreto bancario, porque a la par del crecimiento tecnológico, también existen mayores formas de conseguir ilegalmente la información bancaria, mediante la violación de las bases de datos de los mismos.

5.- Por último, no hay que olvidar que las leyes se crean para cumplirse por el hombre. Así, es indispensable la buena fe y la disposición del personal de los sujetos obligados a guardar el secreto bancario para cumplir con las disposiciones legales del mismo.

Para dicho fin, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y los Bancos, principales obligados a guardar el secreto bancario, podría implementar conjuntamente

programas para fomentar entre dicho personal, la necesidad acatar las disposiciones del secreto bancario.

Un mecanismo utilizado en los Estados Unidos es "La Pared", por el cual, cada departamento del banco tiene su propio centro de información independiente, evitando que la información obtenida del cliente sea conocida por los demás departamentos.

Otro mecanismo podría ser la inclusión de una cláusula de confidencialidad en los contratos laborales del personal bancario. Así, dichos empleados tomarían conciencia de la importancia del secreto bancario.

BIBLIOGRAFIA:

A.- Libros:

- 1.- ACOSTA ROMERO, Miguel, "Derecho Bancario", México, 4ta Edición, Porrúa, 1991.
- 2.- BAUCHE GARCÍA DIEGO, Mario, "Operaciones Bancarias", 3ra Edición, México, Porrúa, 1981.
- 3.- BORJA MARTINEZ, Francisco, "El Banco de México", México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- 4.- BORJA SORIANO, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", 10ma Edición, México, Porrúa, 1994.
- 5.- CAZORLA PRIETO, Luis Maria, "El Secreto Bancario", Madrid, España, Ministerio de Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales, 1978.
- 6.- COTTELY, Esteban, "El Secreto Bancario", Buenos Aires, Argentina, Editorial Horizontes Económicos, 1952.
- 7.- DE BUEN, Nestor. "Los Trabajadores de Banca y Crédito", México, Porrúa, 1984.
- 8.- FRAGA, Gabino, "Derecho Administrativo", 33a, edición, México, Porrúa, 1994.
- 9.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al estudio del Derecho", 44ta edición, México, Porrúa, 1992.
- 10.- GIORGANA FRUTOS, Victor Manuel, "Curso de Derecho Bancario y Financiero", México, Porrúa, 1984.
- 11.- GRECO, Paolo, "Curso de Derecho Bancario", Traducción de Raúl Cervantes Ahumada, México, Jus, 1947.

- 12.- HERNANDEZ, Octavio, "Derecho Bancario", México, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, Tomo I, 1956.
- 13.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano", 2da Edición, Tomo III, México, 1974, Ed. Porrúa, p. 181.
- 14.- LEES, Francis A., "International Banking and Finances", Ed. McMillan, 1973.
- 15.- MALAGARRIGA, Juan Carlos, "El Secreto Bancario", Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1970.
- 16.- MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Derecho Mercantil", 29a, 1ra reimpresión, México, Porrúa, 1996.
- 17.- MARTINDALE-HUBELL, "International Law Digest", EE.UU., R.R. Donnelly & Sons Company., 1997, "LEBANON LAW DIGEST".
- 18.- MEJAN, Luis Manuel C., "El Secreto Bancario", 2da Edición, México, Porrúa, 1997.
- 19.- MESSINEO, Francesco, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", Traducción por Santiago Sentís Malendo, Tomo VI, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
- 20.- OVALLE FAVELA, José, "Derecho Procesal Civil", sexta edición, México, Harla, 1994.
- 21.- PACHECO ESCOBEDO, Alberto, "La Persona en el Derecho Civil", México, Panorama 1985.
- 22.- PACHECO PULIDO, Guillermo, "El Secreto en el Vida Juridica", 2da edición, México, Porrúa, 1996.
- 23.- PORTE PETIT, Eugéne, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Traducido por D. José Fernández González, 10ma Edición, 1ra reimpresión, México, Porrúa, 1993.
- 24.- PRIOR HERRERA, León, "La Protección Penal del Secreto Bancario", México, 1951, Tesis de la U.N.A.M. para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

- 25.- RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, "Derecho Bancario", 7ma Edición, México, Porrúa, 1993.
- 26.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Teoría General de las Obligaciones", 18va Edición, Compendio de Derecho Civil tomo III, México, 1993, Ed. Porrúa.
- 27.- SANCHEZ MEDAL, Ramón, "De los Contratos Civiles", 13a edición. México, porrúa, 1994.
- 28.- SOTO SOBEYRA Y SILVA, Ignacio, "La Nueva Ley Reglamentaria del Servicio público de Banca y Crédito", 4ta Edición, México, Porrúa, 1990.
- 29.- SZÉKELY, Alberto, "Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Privado", Tomo I, México, 2da. Edición, UNAM 1989.
- 30.- VARIOS AUTORES, "Comisión Nacional Bancaria", México, Fondo de Cultura Económica, Nueva Cultura Financiera, 1993.
- 31.- VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Contratos Mercantiles", 7ma Edición, México, Porrúa, 1996.
- 32.- VERGARA BLANCO, Alejandro, "El Secreto Bancario", Santiago de Chile, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- 33.- VICKER, Ray, "Those Swiss Money Man", EE.UU., Charles Scriben is Sons, EE.UU., 1973, p.10.

B.- Revistas:

- 1.- ALLEN, Brian R., "The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and Bank of Credit and Commerce International: The Best Kept Secret in Europe", TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 28, No. 1, Winter, Austin, Texas, E.U.A.
- 2.- HERNANDEZ, Berta Esperanza, "RIP to IRP - Money Laundering and drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy", INTERNATIONAL LAW AND COMMERCE REGULATIONS.
- 3.- IGARTUA ARAIZA, Octavio, "Información Privilegiada", EL FORO, Octava Epoca, Tomo VII, No. 1, Primer Semestre, 1994, México, D.F.
- 4.- MORERA, Renzo, "Ordenamiento Doctrinali e Jurisprudenciale Germanici in Tema di Segreto Bancario" , BANCA, BORSA E TITOLI DE CRÉDITO, Abril-Junio, XVII, fasc. II, Italia, 1965.
- 5.- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, "Sociedades de Información Crediticia: Revelación del secreto Bancario", ANUARIO JURIDICO, Nueva Serie, México, 1995.
- 6.- SANS, Katherine M., "Bancos Offshore", Memorias Felabán, Vol. 7, Colombia, 1991, Ed. Felaban.
- 7.- VARIOS AUTORES, "Government Access to Bank Records", YALE LAW JOURNAL, Vol. 83, EE.UU., 1974.
- 8.- WESSLING, Robert B., "Banking: Disclosure of Records. The duty of a bank as to customer information", MICHIGAN LAW REVIEW, Vol. 60, EE.UU., 1962.

C.- Leyes y Códigos:

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, 62va Edición, México, Colección Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1993.
- 2- Código Fiscal de la Federación, 13va Edición, México, Themis, 1998.
Código Penal para el Distrito Federal, 52va Edición, México, Colección Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1994.
- 3- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 120ª, México, Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1997.
- 4- Ley de Instituciones de Crédito, 2da Edición, México, Código de Comercio Serie Jurídica, McGraw-Hill, 1996.
- 5.- Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, 2da Edición, México, Código de Comercio Serie Jurídica, McGraw-Hill, 1996.
- 6- Ley de la Propiedad Industrial, 2da reimpresión, México, PACSA, 1995.
Seguros y Fianzas, 33va Edición, México, Leyes y Códigos de México, Porrúa, 1997.
- 7.- Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo Al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, 15º Ed., México, Colección Andrade, 1986.
- 8.- Ley del Seguro Social, México, SISTA, 1996.

D.- Diccionarios y Enciclopedias:

- 1.- Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe, 3ra Edición, tomo XVI, Madrid, España, Espasa-Calpe, 1979.
- 2.- Diccionario Jurídico Mexicano, 2da Edición, tomo I, México, Porrúa, 1987.
Enciclopedia Jurídica Oméba, tomo XII, Buenos Aires, Argentina, Diriskill, S.A., 1980.

- 3.- CAMPBELL BLACK, "Dictionary of Law", EE.UU., 1990, 6ta ed., St. Paul Minnesota Publishers.
- 4.- ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense", Comentarios por Juan Rodríguez De San Miguel, 1ra Reimpresión, México, U.N.A.M., 1996.
- 5.- SEGURA MUNGUÍA, Santiago, "Diccionario Etimológico Latino- Español", Madrid, España, 1985.