

LIMITES DEL SECRETO BANCARIO:

ASPECTOS PENALES

El secreto bancario no ha sido objeto de estudio en nuestro país desde la perspectiva penal. Sin embargo, el hecho de que en el Derecho comparado se considere el secreto bancario como un supuesto de secreto profesional, ha atraído la atención de la doctrina penal a efectos de determinar su inclusión en el delito de revelación de secretos profesionales. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, en la actualidad en el Parlamento, crea el delito de revelación de secreto profesional ausente de nuestro Derecho penal positivo desde 1870. **Miguel Bajo Fernández**, que ha colaborado en la redacción del Proyecto de Código penal como Vocal de la Comisión de Codificación, estudia la trascendencia que pudiera tener a efectos del secreto bancario y sus límites frente a la Administración de Justicia y la Hacienda Pública, la posible inclusión del secreto bancario entre los secretos profesionales cuya revelación resulta punible conforme al art. 196 del Proyecto de Código penal.

EXPLICACION PREVIA

ESTE trabajo es parte de otro más amplio realizado con ayuda del Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, y en el que se estudia el secreto bancario desde la perspectiva penal. Allí pongo de relieve que el secreto bancario carece de trascendencia penal conforme al Derecho penal vigente. Pero, además, estudio el delito de revelación de secretos profesionales que recoge el artículo 196 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, cuyo tenor es el siguiente: «El profesional que revelare los secretos de su cliente, de los que tuviere conocimiento por

razón de su profesión u oficio, será castigado con la pena de suspensión de dicha profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años». Pues bien, mantengo la tesis de que el secreto bancario es un secreto profesional a efectos de este precepto y, por tanto, la revelación del secreto bancario sería punible conforme al artículo 196 del citado Proyecto, en caso de que entrara en vigor.

Aceptado este punto de partida, cuya fundamentación he hecho en otro lugar, se trata aquí de estudiar los límites actuales del secreto bancario y comprobar si tales límites sufrirían alguna modificación en el caso de que entrara en vigor el delito de revelación de secretos profesionales del artículo 196 del Proyecto de Código penal.

DEBER DE REVELAR A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

1. Justicia penal

A) Derecho comparado

En este apartado se trata de hacer una exposición somera de las soluciones que el Derecho comparado proporciona al conflicto entre el deber de mantener sigilo y los deberes de denunciar y declarar como testigo en el procedimiento criminal.

Voy a insistir preferentemente en el Derecho francés en el que se entiende el secreto bancario como una modalidad de secreto profesional punible conforme al artículo 378 del Código penal.

Por lo que respecta al *deber de denunciar*, el artículo 378 del Código penal francés castiga la revelación de secretos profesionales «fuera de los casos en que la Ley les obliga o autoriza a denunciar». Ha de deducirse de este texto que la denuncia que implique revelación de secreto profesional es punible mientras una ley no lo autorice. En otras palabras, el profesional no podrá denunciar un hecho si tiene que revelar secretos profesionales salvo autorización legal. Una autorización de esta índole se recoge en el párrafo 2 del artículo 378 del Código penal francés para ciertos profesionales de la medicina en cuanto a la denuncia en materia de aborto (1).

Así, pues, mientras no exista autorización legal, la denuncia del banquero que implique revelación de secretos constituye delito del artículo 378 del Código penal. En Derecho luxemburgués, los funcionarios y em-

pleados de las Cajas de Ahorro del Estado están obligados a denunciar los delitos conocidos en el ejercicio de sus funciones (2), por lo que parece deducirse que la Banca privada no podrá denunciar so pena de quedar incurso en el delito de revelación de secreto profesional. En Derecho alemán, pesa sobre el banquero el deber de denunciar (3).

Por lo que respecta al *deber de declarar*, la cuestión es más discutida. En la doctrina francesa se plantea la cuestión como conflicto entre el deber de callar impuesto por el artículo 378 del Código penal y el deber de testificar impuesto en las leyes procesales.

Según el sector más cualificado de la doctrina francesa, sólo están dispensados de testificar un número limitado de profesionales, en concreto, los sacerdotes, médicos, abogados, notarios, jueces y los jurados en lo que concierne al secreto de las deliberaciones (4). Esta posición parece ser dominante en la legislación y doctrina europeas. En efecto, la doctrina y jurisprudencia holandesas restringen el número de profesionales a los médicos, sacerdotes, abogados y notarios (5). Y el artículo 77 de la Ley federal suiza de procedimiento penal, restringe la dispensa de testificar a sacerdotes, abogados, notarios, médicos, farmacéuticos, *sages-femmes* y sus auxiliares.

La razón por la que la doctrina francesa llega a esta restricción es doble. En primer lugar, un argumento de exclusión en el sentido de rechazar aquella posición que entiende que la dispensa para declarar como testigo deriva de la obligación de

secreto del artículo 378 del Código penal. En realidad «se incurre en una petición de principio al decir que el rechazo a la declaración está justificado por mandato de la Ley que considera la revelación como un delito, pues se podría igualmente sostener que lo que desaparece es el delito ya que la justicia exige el testimonio» (6). El intérprete, además, se vería obligado a restringir el elenco de profesiones incluidas en el artículo 378 del Código penal a las que razonablemente deben quedar dispensadas de declarar, o a extender, en contra de lo razonable, el número de profesiones excluidas del deber de testificar. Hay que tener en cuenta que ya ha sido abandonado hace tiempo el entendimiento que establecía un paralelismo entre las personas obligadas penalmente al secreto y las dispensadas del deber de declarar como testigos (7). Hoy se entiende que no existe un único deber de secreto profesional sino una pluralidad de secretos profesionales con alcances distintos (8).

En segundo lugar, la restricción de las profesiones dispensadas del deber de declarar como testigos se apoya en el argumento de que son estos profesionales quienes se convierten en «confidentes necesarios», entendiendo la palabra «necesario» en su sentido más estricto de indispensable (9).

Ningún otro profesional queda dispensado de declarar como testigo ni, por tanto, el banquero que estará obligado a testificar ante la Justicia penal (10). Precisa la doctrina, sin embargo, que el banquero debe negarse a toda investigación de la policía que opere sin mandato judicial. Incluso ante el juez es preferible, para preservar el se-

creto de los documentos relativos a otros clientes, entregar fotocopias de los documentos interesados, abonables como costas judiciales (11).

Esta situación es dominante en el Derecho europeo, es decir, el banquero está obligado a declarar aunque siempre ante el juez y no ante la policía judicial (12).

B) Derecho español

Frente al Derecho español la cuestión es distinta según tratemos el Derecho vigente o el Proyecto de Código penal en el contexto del Ordenamiento jurídico. Tal distinción procede, entre otras cosas, del hecho de que el Código penal vigente no contiene delito alguno referido a la revelación de secretos profesionales mientras que tal delito se ha incorporado al Proyecto de Código penal.

a) Derecho vigente

El derecho vigente se separa notablemente de los criterios que rigen en el Derecho europeo fundamentalmente por no recoger nuestro Código penal el delito de revelación de secretos profesionales.

Por lo que respecta al *deber de denunciar* hemos visto que en el Derecho francés el profesional no puede denunciar so pena de incurrir en responsabilidad criminal salvo que una ley disponga lo contrario. La situación en España es a la inversa. En efecto, el artículo 263 de la Ley de Enjuiciamiento criminal sólo dispensa de la obligación de denunciar a los abogados y procuradores respecto de las ins-

trucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes, y a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio. Fuera de estos casos el profesional, sometido sin duda al deber de secreto por razones éticas o deontológicas, disciplinarias o jurídico privadas, está obligado a la denuncia de los delitos públicos de los que tuviere noticia por razón de sus cargos, profesiones u oficios, siendo esta obligación más severa cuando se trata de «profesores de medicina, cirugía o farmacia» (art. 262 Ley Enjuiciamiento Criminal).

Así, pues, el banquero queda sometido al deber de denunciar sin que pueda eludirse tal obligación esgrimiendo el argumento del secreto bancario. Del mismo modo, las autoridades o funcionarios que participan del secreto bancario en virtud de la colaboración que los Bancos deben a la Administración tributaria, están obligados a denunciar los hechos constitutivos de delitos monetarios o de cualesquiera otros delitos públicos a pesar de quedar rigurosamente sometidos al deber de secreto (13).

Por lo que respecta al *deber de declarar* como testigo impuesto en el artículo 410 LECr., no podrán ser obligados los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueran revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio, así como los funcionarios públicos cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieren obligados a guardar (art. 417 LECr.) y el artículo 416 LECr. dispensa de la obligación de declarar a determina-

dos parientes y al abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiere confiado en su calidad de defensor (14).

Salvo estos casos, todos los profesionales, incluido el banquero, están obligados a declarar como testigos sin poder eximirse en virtud del deber de secreto. La situación varía ostensiblemente respecto del Derecho europeo en cuanto que en la mayor parte de los países están dispensados de declarar un buen número de profesionales, tales como médicos, sacerdotes, abogados, notarios y jueces, entre otros. No varía, sin embargo, en cuanto a los banqueros que no quedan liberados del deber de declarar en el Derecho comparado.

Conforme al Derecho español no concurrir al llamamiento judicial da lugar a la multa prevista en el artículo 420 LECr. y, en caso de persistir, al delito de denegación de auxilio del artículo 372 del Código penal. Si concurrese al llamamiento pero se resistiere a declarar se le impondrá la misma multa y, en caso de persistir, la pena correspondiente al delito de desobediencia grave a la autoridad del artículo 237 del Código penal (Vid. art. 420 LECr.).

b) *La situación en el Proyecto de Código penal*

Es evidente que la situación cambia si entra en vigor el Código penal, hoy en fase de Proyecto en el Parlamento. En efecto, el Proyecto castiga la revelación de secretos profesionales, por lo que el deber de denunciar y declarar establecidos bajo sanción en la LECr. entran en colisión con el deber de reserva penalmente sancionado.

Por lo que respecta al *deber de denunciar*, no me cabe la menor duda que, vigente el artículo 196 del Proyecto, ningún profesional sometido al deber penal de secreto estará obligado a denunciar si para ello ha de revelar secretos profesionales, salvo que una ley dispusiera otra cosa.

Las razones se encuentran en la exigente de estado de necesidad del número 7, artículo 8.º, del actual Código penal, cuyo contenido se conserva intacto en el número 6 del artículo 26 del Proyecto de Código penal. Estamos, en efecto, ante un estado de necesidad por colisión de deberes en el que hay que determinar qué deber ostenta mayor dignidad de protección. En otras palabras, hay que determinar cuándo el mal causado (infracción de un deber) es mayor, igual o menor que el evitado.

Pues bien, es comúnmente admitido en la doctrina penal que el criterio decisivo para conocer si se ha cumplido o no el primer requisito del estado de necesidad (que el mal causado sea igual o menor que el evitado), reside en la ponderación de los bienes en litigio en función de la sanción que el ordenamiento jurídico prevé para los comportamientos que los lesionen. En el caso que nos ocupa la cuestión es bien fácil de resolver comparando la pena prevista en el artículo 196 del Proyecto con la sanción prevista en el artículo 259 en relación con el 262, ambos de la LECr., siendo aquélla la de suspensión de profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años y ésta la de multa de 25 a 250 pesetas. Resulta evidente que el legislador considera mucho más grave

revelar los secretos profesionales que incumplir el deber de denunciar, por lo que el profesional que para cumplir con el deber de denunciar tenga que revelar secretos de su cliente está obligado a mantener sigilo.

Esta solución es la que ha mantenido la jurisprudencia en casos de denuncia de delitos con revelación de secretos. En la Sentencia de 8 de marzo de 1974 se trataba de un supuesto de apoderamiento y apertura de carta ajena, castigado en el artículo 497 del Código penal vigente, cuyo contenido, ofensivo para la nación española y su régimen político, fue denunciado en la comisaría de policía. Se castigó por delito de revelación de secretos porque se consideró dudosa la obligatoriedad del deber de denunciar cuando «se ha de nutrir a expensas de quebrantar el derecho a la intimidad personal y el secreto a la correspondencia». Y en la Sentencia de 22 de marzo de 1962 se condenó también por revelación de secretos a dos contables que, apoderándose de documentación de su principal, denunciaron a la Hacienda pública las irregularidades contables de la empresa (15).

Así, pues, vigente el artículo 196 del Proyecto, el profesional sometido al deber de secreto no tiene obligación de denunciar, salvo que una ley disponga otra cosa como es el caso de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal que obliga a los funcionarios de Hacienda que lleguen a conocer secretos bancarios, a denunciar los hechos constitutivos de delitos monetarios u otros delitos de carácter público (art. 42,3 de la LMURF y art. 7 de la Orden de 14 de enero de 1978).

Por lo que respecta al *deber de declarar*, la cuestión se va a presentar dudosa con la entrada en vigor del artículo 196 del Proyecto de Código penal. Hay que recordar que en el Derecho europeo la situación más común es la de que sólo algunos profesionales de los sometidos al deber jurídico penal de secreto, quedan dispensados del deber de declarar y, en ningún caso, el banquero.

Pues bien, en el futuro Derecho español debemos apelar de nuevo al estado de necesidad por colisión de deberes y comparar las penas aplicables a los comportamientos lesivos de los bienes en litigio. Habría de compararse la pena de suspensión de profesión u oficio prevista en el artículo 196 del Proyecto con la de 3 a 6 meses de multa prevista para el delito de denegación de auxilio en el artículo 456 del Proyecto (por remisión del art. 420 LECr.), en caso de persistir en no concurrir al llamamiento judicial. O habría de compararse aquella misma pena del artículo 196 del Proyecto con la de 6 a 12 fines de semana y 3 a 6 meses de multa prevista para el delito de desobediencia grave a la autoridad en el artículo 543 del Proyecto (por remisión del art. 420 LECr.), en caso de persistir en la negativa a declarar.

La comparación de las penas no permite una decisión fácil sobre cuál es la más grave, sobre todo en el caso de persistencia en la negativa a declarar. En todo caso, hay que recordar aquí que en la determinación de si el mal causado es mayor, igual o menor que el evitado a efectos de aplicar la eximente de estado de necesidad, el criterio de la comparación de las penas no

es el único ni el decisivo. La doctrina entiende que es necesario determinar, además, si la evitación del mal mediante la lesión de otros deberes jurídicos es un comportamiento adecuado a los valores fundamentales de la comunidad jurídica, valorando el sentido ético-social de la acción en el conjunto del ordenamiento jurídico. Esta valoración depende de las circunstancias concretas del caso y no puede hacerse con carácter general para todas las profesiones y todos los supuestos. Existen profesiones con una carga ética superior a otras y con una mayor tradición. En este sentido hay que confesar que las profesiones de médico, abogado, notario, etc. suelen tener un trato preferencial, en el tema que nos ocupa, en otros ordenamientos respecto a las profesiones más modernas y de menor contenido ético-social como las de banquero o periodista.

No puede finalizarse este epígrafe sin hacer referencia al artículo 24 de la Constitución española en donde se establece que «la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de *secreto profesional*, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Pues bien, a mi juicio, aun cuando entrara en vigor una futura Ley (16) en la que se determinaran los profesionales que están exentos del deber de declarar como testigos, quedaría en pie lo dicho en este epígrafe sobre la colisión entre dicho deber de declarar y el deber de sigilo que llegara a imponer el artículo 196 del Proyecto de Código penal respecto de aquellos profesionales que incluidos en este precepto penal no lo estén en la futura Ley que desarrolle el artículo 24 de la Constitución.

Es de esperar, para evitar dudas, que esta Ley establezca con toda claridad qué profesionales están exentos del deber de declarar y cuáles otros quedan exentos del delito de revelación de secretos en caso de declaración judicial (17).

2. Justicia civil

Por lo que respecta a la declaración ante el Juez Civil la cuestión de los profesionales dispensados del deber de declarar, resulta más discutida.

En cuanto al banquero como profesional, las soluciones son muy variadas en el Derecho europeo. 1) En algunos ordenamientos se considera que el banquero está dispensado de declarar como testigo en virtud del secreto bancario. Así ocurre en algunos cantones suizos (18). En Italia la dispensa se refiere a algunas informaciones escritas demandadas por el juez (19) y al deber de permitir el examen de los objetos poseídos, dispensa posible si se prevé grave daño para las partes o terceros (20), pero no se extiende a la declaración como testigo. 2) En otros casos la Ley faculta al juez para otorgar la dispensa de la obligación de testificar, como así ocurre en el procedimiento federal suizo y algunos cantones (21). 3) Por último, hay legislaciones que no admiten dispensa alguna al banquero como es el caso alemán, salvo en el proceso de conciliación (22), el caso italiano por lo que se refiere al propio hecho de testificar (23) o algunos cantones suizos (24).

En los países en los que la Ley no es suficientemente clara, doctrina y jurisprudencia

mantienen criterios vacilantes. La jurisprudencia francesa rara vez admite el derecho del banquero a no declarar en la jurisdicción civil. Por lo que respecta a la presentación o examen de los libros de comercio, el Banco no puede negarse si es parte en el proceso o, no siendo parte, si se trata de documentos de un cliente quebrado. En otro caso, es decir, no siendo parte en el proceso, la cuestión es dudosa (25).

La doctrina belga, por su parte, entiende que ha de decidirse el tema con gran prudencia comparando rigurosamente los intereses en litigio teniendo en cuenta el descrédito que puede producir a la Banca la revelación (26).

En el Derecho español la cuestión gira en torno al artículo 643 de la Ley de Enjuiciamiento civil y el artículo 1.247, número 5, del Código civil. Si bien la Ley de Enjuiciamiento civil no contiene una prescripción similar a la del artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, su artículo 643 prescribe la obligatoriedad de la declaración del testigo al establecer que «contra el testigo inobediente sin justa causa, acordará el juez, también a instancia de parte, los apremios que estime conducentes para obligarle a comparecer, incluso el de ser conducido por la fuerza pública». Ante esta disposición no parece posible eludir la aplicación del delito de denegación de auxilio del artículo 372 del Código penal y el de desobediencia grave a la autoridad, en su caso, del artículo 237 del mismo Código.

Sin embargo, el Código civil en su artículo 1.247 declara inhábiles para ser testigos: «5. Los que están obligados a guardar

secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado». La cuestión estriba, entonces, en saber si el banquero está obligado a guardar secreto por su estado o profesión.

En el Derecho vigente existen prescripciones legales específicas que obligan al secreto bancario, si bien la norma jurídica que, con carácter general, impone el deber de sigilo al banquero es una norma consuetudinaria. Pues bien, en atención a esto Garrigues entiende que el banquero está dispensado de declarar como testigo ante el juez civil, si bien por razones distintas a las que se derivan del artículo 1.247,5 del código civil. «La vigencia del uso bancario —dice— podría servir de excusa a éste en un pleito civil en el que se pidiera su testimonio sobre puntos que al ser revelados darían lugar a la violación del secreto. Pero en este caso no se trataría de alegar la existencia de un deber de secreto profesional, sino de un deber fundado en el uso bancario» (27).

No es de la misma opinión Jiménez de Parga que, consecuente con la tesis de que el secreto bancario se fundamenta en la disposición legal del artículo 23 de los Estatutos del Banco de España, entiende que el Banco está siempre obligado a declarar ante cualquier resolución judicial. Según este autor no puede oponerse como excepción al deber de declarar impuesto por el artículo 643 LECr., lo dispuesto en el artículo 1.247,5 del Código civil, ya que, aunque el citado artículo 23 de los Estatutos del Banco de España prohíbe al Banco cualquier revelación, establece la salvedad «a no ser... *en virtud de providencia judicial*» (28).

La cuestión ha de plantearse de otro modo de entrar en vigor lo dispuesto en el artículo 196 del Proyecto de Código penal que castiga la revelación del secreto profesional. En la medida en que se considere el secreto bancario como secreto profesional, como así hacemos nosotros, no cabe la menor duda sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.247 del Código civil, en orden a declarar inhábiles para testificar a «los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión», entre los cuales se encuentra el banquero bajo amenaza de sanción criminal (29).

En ese caso no sólo habrá de mantenerse la tesis de Garrigues que cree posible la excusa del Banco a testificar, sino que deberá de entenderse la obligación del Banco a mantener reserva por un deber impuesto en el Código penal. No se trata aquí, igual que ocurría en el proceso criminal, de solucionar un conflicto de deberes entre la obligación de testificar so pena de incurrir en delito de denegación de auxilio o de desobediencia, sino de determinar si el banquero es uno de los profesionales incluidos en el deber de mantener secreto impuesto por el artículo 196 del Proyecto de Código penal y, por tanto, si el banquero es inhábil para testificar conforme al artículo 1.247 del Código civil.

A mi juicio, el deber de testificar impuesto de manera particular al Banco de España por el artículo 23 del Decreto de 24 de julio de 1947, o, con carácter general a la Banca, en caso de suspensión de pagos o quiebra del cliente, ha de ceder ante el deber, penalmente impuesto, de mantener el secreto profesional. En todo caso aquí sí podría tra-

tarse de una colisión de deberes a solucionar conforme a los criterios del estado de necesidad a los que nos hemos referido al hablar del deber de declarar ante la justicia criminal.

DEBER DE REVELAR A LA HACIENDA PUBLICA

1. Trasfondo ideológico de la cuestión

El problema de los límites del secreto bancario, dice Jiménez de Parga, es una cuestión ideológica. «Lo que está en juego no es una opinión de técnica jurídica, sino una actitud ideológica, en el sentido de comportamiento ante la sociedad y el Derecho» (30).

En mi opinión, la posibilidad de levantamiento del secreto bancario frente a la Hacienda pública depende de planteamientos ideológicos quizás con mayor intensidad que otras cuestiones económicas porque están en juego intereses sociales y privados, el respeto a la intimidad y los deberes fiscales. Sin embargo, sería erróneo manifestarse en favor de uno u otro modelo (el liberal o el socialista) si esto implica mantenimiento de posiciones maximalistas. Hay una lección de prudencia práctica obligada por el hecho de que todos los países, capitalistas o no, democráticos o autoritarios, mantienen posiciones similares, aunque con matices distintos, sobre el levantamiento del secreto bancario ante el fisco (31). Es necesario, pues, andar con prudencia en defensa de una síntesis de protección de intereses públicos y privados.

Se equivoca quien dice que el levantamiento del secreto bancario frente a las investigaciones fiscales es causa necesaria del atesoramiento monetario, la pérdida del ahorro, disminución masiva de los secretos bancarios, ralentización de las inversiones y la evasión de capitales, mientras el mantenimiento del secreto atrae capitales, favorece la inversión, el desarrollo y la política de pleno empleo. Como veremos, tales fenómenos pesimistas derivados de la desaparición del secreto frente a la Hacienda, no son tan evidentes en países como Francia en que el secreto cede frente al fisco, ni los frutos de un secreto riguroso se produjeron en el Líbano con su desestabilización sociopolítica. En este sentido la doctrina suiza reconoce que la atracción de capitales no se explica sólo en dicho país por la rigurosidad del secreto bancario.

Pero tampoco puede mantenerse que el secreto bancario sea un valladar inexpugnable para la investigación sobre el fraude fiscal (32). Exageran, a mi juicio, quienes consideran el levantamiento del secreto bancario una «necesidad apremiante» para la Hacienda pública (33) o que los objetivos fiscales requieran «imprescindiblemente», como quiere Cazorla, «la remoción de uno de los obstáculos que impiden el conocimiento de la capacidad económica del contribuyente, como es el secreto bancario» (34). De la lectura de estos autores, da la impresión de que la inspección tributaria española, con una imagen no excesivamente favorable frente a la desconfiada opinión pública, hasta hoy en que se ha producido un levantamiento del secreto bancario, estuvo imposibilitada de actuar a causa del

principio del secreto bancario. Se olvida, sin duda, que una diligente inspección tributaria allí donde se produce el hecho imponible puede restar importancia a la investigación de cuentas en las entidades de crédito.

Por otra parte, ese entusiasmo con que algunos autores alientan el control fiscal de la Banca, incluso contra la intimidad que, indudablemente, protege el secreto, pretendiendo —como dice Cazorla en expresión gráfica— conocer en profundidad como una radiografía la capacidad económica del contribuyente (35), olvida los efectos secundarios de una falta absoluta de respeto por el secreto bancario. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de producción de una desviación de las inversiones de modo que queden ocultas a toda investigación tributaria, o piénsese en el propio atesoramiento monetario o en la evasión de capitales.

En definitiva, la cuestión que plantea la colisión entre el deber de secreto bancario y el de colaborar con el fisco, debe de solucionarse con un tratamiento prudente que sopesa los efectos psicológicos que puede producir en el ahorrador cuenta-correntista el levantamiento del secreto, y las posibilidades de persecución de la infracción fiscal sin recurrir a la investigación bancaria. En este sentido apunta acertadamente Basanta de la Peña que, sin desconocer el valor que la investigación de cuentas tiene para la persecución del fraude, hay que reconocer «la extremada delicadeza de la materia y las consecuencias que para la economía nacional podría producir un uso excesivo e incontrolado» de estas facultades (36).

Intereses públicos aconsejan el levantamiento del secreto bancario, como sucede en la práctica totalidad de los países, pero no se puede relegar al olvido la defensa de los intereses individuales y de la intimidad de la persona. De ahí que los matices que diferencian la ruptura con el secreto en los distintos países tengan especial importancia.

2. Derecho comparado

Se ha dicho que, mientras en Francia el banquero es un ayudante del fisco, en Suiza el banquero es sujeto intocable para la Hacienda pública. Independientemente de la hipérbole que esta frase encierra, es lo cierto que Francia y Suiza constituyen los dos ejemplos extremos en el Derecho comparado.

A) Existe, en efecto, un grupo de países que mantienen rigurosamente el secreto bancario frente a la Hacienda pública. En este grupo ha de incluirse Suiza y Líbano, sin olvidar la situación italiana hasta 1971.

En Suiza «los derechos federal y cantonal reconocen, sin restricción, la obligación del banquero de observar el secreto profesional» y así «sólo el contribuyente está obligado a proporcionar las indicaciones necesarias para evitar una liquidación de oficio» (37). La Banca, sin embargo, tendrá que facilitar a sus clientes los testimonios, documentos y justificantes que les permitan cumplir con sus obligaciones fiscales.

De todas formas, la doctrina suiza se preocupa de recordar que esta regla no rige en los procedimientos penales aunque sean de materia fiscal, si bien la dificultad mayor estriba en

saber cuándo estamos ante una infracción fiscal de carácter penal (38).

Situación similar se encontraba en el Derecho italiano con anterioridad a 1971, en donde se pudo decir que «está sólidamente establecido que no sólo no se reconoce al fisco poder de inspección, de una manera general, respecto de la Banca, sino que además en principio le está prohibido a la Administración fiscal ir en contra de la obligación de reserva del Banco» (39).

Por lo que respecta al Líbano, ejemplo que actualmente carece de valor original, remito al lector a la monografía de Farhat.

B) Otro grupo de países, por el contrario, no permiten al Banco oponerse en virtud del secreto a ciertas investigaciones realizadas por la Administración en materia fiscal. Así ocurre en Francia, Luxemburgo y Holanda.

En Francia «el fisco ha obtenido, sobre todo a partir de 1945, la facultad de hacerse comunicar por los Bancos, para la verificación de todas las categorías de impuestos, todos los documentos y libros y piezas relativas a las cuentas y órdenes de clientes que puedan considerarse *lato sensu* libros de comercio» (40). Rigen, sin embargo, algunas restricciones de interés como la imposibilidad de embargo de piezas y la imposibilidad de exigir del Banco información o extractos, copias o fotocopias. La Administración se limita a tener derecho al acceso a toda documentación escrita. Por otra parte también se obliga a los agentes fiscales obrar con discreción y tacto (41).

Situación similar se encuentra en Luxemburgo en donde se

concluye que la legislación «impone al banquero el deber de suministrar todas las informaciones y comunicar a los funcionarios de la Administración todos los actos, piezas y documentos que posee y que se consideran necesarios para asegurar el establecimiento y la percepción de los derechos e impuestos» y «confiere a los funcionarios un verdadero derecho de investigación que consiste principalmente en exigir toda información y requerir toda copia, extracto y documento concerniente al haber del contribuyente en el Banco» (42).

Por último, en este grupo ha de incluirse Holanda donde se dice que es dudoso haya existido nunca un secreto bancario frente a la Hacienda pública. La Ley general sobre contribuciones del Estado de 2 de julio de 1959 sólo exime del deber de información a los eclesiásticos, notarios, abogados y médicos, pero no a los banqueros (43).

C) Un último grupo de países utiliza un sistema intermedio que, a mi juicio, satisface por el logro del equilibrio necesario entre el interés en mantener el secreto profesional y el de evitar el fraude fiscal.

En mi opinión debe incluirse en este grupo intermedio el sistema alemán. Pese a que se haya dicho que «teóricamente no se puede hablar de un secreto bancario respecto a las autoridades fiscales, salvo restricciones secundarias» (44), es lo cierto que tales restricciones implican unas matizaciones de enorme significación. En efecto, no puede despreciarse el hecho de que sólo cabe el deber de información al fisco cuando la exigencia de éste se hace sobre cuestiones concretas, o que los

poderes de investigación de la Hacienda pública se sometan a los principios de equidad y oportunidad, y, sobre todo, que los Bancos no puedan ser consultados sino cuando los debates con los contribuyentes no hayan obtenido el acuerdo necesario (45).

Estas importantes restricciones que permiten una defensa apropiada de la esfera de intimidad, no pierden significación por el hecho de ciertos poderes excepcionales de la Administración tributaria como el poder de inspeccionar las cajas de seguridad y solicitar la presentación de objetos de valor.

Pero, quizás, el país que impone las restricciones o limitaciones de mayor relieve sea Bélgica en donde se respeta totalmente el secreto bancario en la fase de liquidación, mientras el secreto se levanta sin condición en caso de reclamación. En la medida en que la reclamación es voluntaria, el deudor ha de valorar el riesgo que supone para él la extensión automática de los poderes de investigación administrativa. Esta solución transaccional detenta un excelente sentido práctico que sirve de defensa de los intereses que tutela la institución del secreto profesional (46).

3. Derecho español

A) El deber de colaboración impuesto en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal

El artículo 41 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, establece: «Quedan plenamente sujetos al deber de colaboración a que se refiere

el apartado uno del artículo ciento once de la Ley General Tributaria, doscientos treinta/mil novecientos sesenta y tres, de veintiocho de diciembre, los Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, sin que puedan exonerarse de dicha obligación al amparo de lo dispuesto en los párrafos *b)* y *c)* del apartado dos del citado artículo, en el artículo cuarenta y nueve del Código o en cualquier otra disposición».

Este deber de colaboración desarrollado por la Orden de 14 de enero de 1978, puede dividirse en dos fases de comunicación y de investigación, respectivamente.

En la primera fase de *comunicación* el Banco está obligado a comunicar al Ministerio de Hacienda anualmente una relación de los números de las cuentas activas y pasivas y de los depósitos de valores mobiliarios de sus clientes, abiertas o cerradas a lo largo del año anterior, con mención de sus respectivos titulares (art. 43 de la Ley y artículo 3,1 de la Orden).

En la segunda fase propiamente *investigadora* se puede destacar:

- a)* La investigación es idéntica tanto si parte de la propia Administración como si se suscita en procedimientos ante la jurisdicción contencioso-administrativa o Jurdos tributarios.
- b)* La investigación requiere siempre autorización previa de la Dirección general, el Delegado de Hacienda o el Presidente del Organismo procesal pertinente. La autorización no puede ser general

sino que debe ir referida a un solo contribuyente. El artículo 2,4 de la Orden establece que, en casos de cotitularidad de cuentas o depósitos u otros supuestos análogos, la Administración no podrá utilizar la información de aquellos a los que no se extienda la autorización. Tal disposición responde a la opinión mantenida por la doctrina al comentar la LMURF (47).

- c) La autorización ha de ser concreta, precisando el objeto de la investigación, su alcance y los sujetos pasivos afectados. La investigación —dice Cervera Torrejón— es ocasional y limitada a casos concretos. No se trata de una colaboración periódica y regular de los Bancos (48).
- d) Cuando la investigación se haga mediante certificación, ésta habrá de exigirse en primer lugar al contribuyente y sólo en su defecto se podrá solicitar del Banco.
- e) La investigación podrá hacerse en los locales del Banco en presencia de su Director y previa citación del interesado.
- f) Las autoridades o funcionarios que tengan conocimiento de las informaciones obtenidas quedan sometidos al deber de secreto, y sólo podrán utilizar tales informaciones a los fines tributarios o de denuncia de los delitos públicos. El incumplimiento de este deber de sigilo se considerará falta disciplinaria muy grave. Aunque ni la Ley ni la Orden digan nada al respecto, la revelación podrá dar lugar a los delitos de los artículos 367 y 368 del Código penal y a las res-

ponsabilidades civiles por culpa extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil.

- g) El objeto de investigación queda limitado a las operaciones realizadas por el Banco con los residentes en España.

B) Entidades sometidas al deber de colaboración

El artículo 41 de la LMURF somete al deber de colaboración a los Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio.

La fórmula abierta utilizada en la Ley («cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio») hace que la extensión que la Orden de 1978 efectúa incluyendo las Cajas rurales, entidades de Crédito Oficial, Banco de España y Caja Postal de Ahorros, no pueda considerarse infracción del mandato legal por parte de la disposición normativa que lo desarrolla.

Es necesario, con todo, una interpretación restrictiva que, al menos, excluya a quienes realizan operaciones crediticias aisladas. En este sentido Cazorla entiende que la expresión *se dediquen* «denota la necesidad de una cierta dedicación a la práctica de operaciones de tal género» (49). A mi juicio se exige algo más, es decir, que el tráfico bancario o crediticio sea la actividad profesional del sujeto o entidad. En favor de esta restricción puede citarse el principio de que sólo excepcionalmente cabe la investigación sobre terceros ajenos a la relación tributaria de que se trate.

C) Objeto de la investigación y del deber de comunicación

Por lo que respecta al deber de comunicación, la Ley en su artículo 43 entiende que deberá de extenderse a los números de las cuentas activas y pasivas y de los depósitos de valores mobiliarios de sus clientes, con indicación de los datos identificativos de sus respectivos titulares.

Al desarrollar esta disposición la Orden de 1978 se extralimita, a mi juicio, en dos ocasiones, de la autorización legal. En efecto, por una parte mientras la Ley refiere el deber de comunicación sólo a las cuentas y depósitos mobiliarios, la Orden se refiere a objetos más amplios como cuentas u operaciones (artículo 3) o al «contrato» (art. 3,2 *in fine*).

Por otra parte, también se extralimita la Orden al exigir, en caso de cuentas u operaciones a nombre de menores, varios titulares, sociedades, asociaciones, comunidades o entidades, «además de los datos del titular» los de identificación de quienes tienen reconocida su firma (50).

En ambos casos se produce una infracción del principio de jerarquía normativa, por lo que la Orden de 1978 debe de considerarse nula en los citados casos en que se sobrepasa a la delegación de la Ley.

Pudiera argumentarse en contra de este entendimiento que, teniendo el secreto bancario un origen consuetudinario, cualquier disposición normativa, incluida la citada Orden, puede disponer una limitación a dicha costumbre. Sin embargo, y sin entrar en la cuestión de la jerarquía de fuentes normativas que plantea la colisión entre una orden y

una norma consuetudinaria, es lo cierto que el secreto bancario viene reconocido en diversas disposiciones legales que hemos citado en el apartado anterior. Pero, además, en este trabajo tratamos de demostrar que el secreto bancario es un secreto profesional, como así se reconoce en el Derecho comparado y, como tal, permite incluir al banquero como profesional exento del deber de colaboración impuesto en el artículo 111 de la Ley General Tributaria. Siendo una Ley la que impone el deber de secreto, sólo otra Ley, en este caso la LMURF, puede obligar al Banco a la revelación a la Hacienda Pública. Además, ha de tenerse en cuenta que de entrar en vigor el Proyecto de Código penal la revelación del secreto bancario resulta punible como delito de revelación de secreto profesional conforme al artículo 196. De entender que el Proyecto quiere dejar vigente la excepción frente a la Administración tributaria, es lo cierto que tal excepción sólo puede entenderse en los límites legales de la LMURF. Por último, y este es a mi juicio un argumento importante, no puede olvidarse que el secreto bancario responde a la defensa de la intimidad personal garantizada por el artículo 18 de la Constitución al establecer: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Pues bien, el artículo 18 se encuentra incluido en el capítulo II del Título I de la Constitución, lo que produce como consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 53 de la misma Constitución, que el ejercicio de este derecho sólo podrá regularse por ley. Por lo tanto la Orden de 1978 al extralimitarse a la autorización legal no sólo infringe la jerarquía normativa sino que ade-

más violenta frontalmente la propia Constitución.

Por lo que respecta a la segunda fase, o *fase de investigación*, la Ley es lo suficientemente amplia como para que la extensión que, en aras de mayor precisión, realiza la Orden no pueda considerarse como extralimitación. En efecto, la Ley habla de «cuentas y operaciones», «depósitos», «saldos activos y pasivos», «movimientos de cuentas y restantes operaciones» y «los documentos y demás antecedentes relativos a los mismos». De ahí que Cazorla advierta que el objeto de la investigación se extienda en la Ley a la «generalidad de las operaciones activas y pasivas de los Bancos y entidades crediticias» (51).

La Orden no sólo no se excede de la delegación legal sino que, por el contrario, limita el objeto de investigación (límite que no existe en la Ley) a las operaciones con residentes (52).

D) Crítica del sistema español

Se puede decir que el sistema español no difiere mucho del sistema más común en el Derecho europeo. Pero es lo cierto que en una cuestión que exige una solución de prudencia en defensa de intereses privados de intimidad y públicos de solidaridad, no pueden menospreciarse matices limitadores del poder de la Administración pública (53). En este sentido es de gran importancia la observación de Basanta de la Peña al precisar que la «regulación comentada puede dar la impresión de ser excesiva, en el sentido de ser menos matizada, excepcional y subsidiaria de lo que

ocurre en la legislación comparada» (54).

A mi juicio, la regulación española se mueve en la línea de otorgar un poder a la Administración pública acorde con el que se le atribuye en materia sancionadora (55). En definitiva, un poder desorbitado desconocido en otras legislaciones que ha convertido a ciertos funcionarios públicos en auténticos «reyezuelos» especialmente temidos por el administrado. Son muy numerosos los casos en que la Administración sustenta poderes discrecionales altamente lesivos de los derechos fundamentales y si bien el levantamiento del secreto bancario es una exigencia de los tiempos modernos, lo cierto es que la insensibilidad de la clase política al poder funcional en España ha permitido despreciar ciertas limitaciones de interés en favor de la esfera de la intimidad personal.

Algunos de los defectos más importantes del sistema español son, a mi juicio, los siguientes:

1. Deberían de haberse impuesto criterios limitativos a la concesión de las autorizaciones para limitar la discrecionalidad administrativa en función de principios de equidad y oportunidad que permitieran el recurso u otra clase de defensa. Aún admitiendo que el acto por el que se concede la autorización no es recurrible, la liquidación puede ser anulable por incumplimiento de los requisitos formales de autorización (precisión de cuentas y operaciones objeto de investigación, sujetos pasivos, fecha o alcance) o nula si no hubo autorización en el inicio del procedimiento in-

vestigador (56). Pues bien, se trata de haber permitido estas mismas posibilidades cuando la autorización adoleciese de vicios de oportunidad o no respondiese a criterios generales legalmente impuestos.

2. Hubiera sido deseable, en defensa de la esfera de intimidad personal, que la investigación hubiera quedado condicionada al fracaso de los intentos de acuerdo con el contribuyente. Cazorla, comentando la LMURF, entendía que la Ley pudo haber escogido entre dos vías: imponer la obligación de comunicar a los propios sujetos pasivos o al propio Banco. «Esta última —dice— es la opción escogida por el legislador español, sin duda más segura y eficaz que la primera» (57). Olvida, sin embargo, Cazorla que cabe una tercera vía intermedia que es la propuesta más arriba y vigente en Alemania, probablemente de la misma seguridad y eficacia, aunque más respetuosa con el secreto bancario y con la intimidad personal. Un sistema similar se sigue en Bélgica al permitir la investigación tributaria sólo en caso de recurso por parte del contribuyente.
3. Índice del poder atribuido a la Administración es que la elección entre los dos procedimientos previstos (solicitud de certificaciones o presencia de la inspección en las oficinas de la empresa) quede en manos del Inspector actuante.
4. También tiene importancia el hecho de que el deber de colaborar nazca con independencia y con anterioridad

a la facultad de inspección porque se corre el peligro de entender que, siendo general la obligación de colaborar, se entienda del mismo modo la facultad de inspeccionar cumplido el requisito de la autorización y concedido tal requisito de modo excesivamente formal (58). Hubiera sido más aceptable que el deber de colaboración y la facultad de inspección tuvieran un origen simultáneo cifrado en la emisión de la autorización.

5. Se echa de menos una referencia expresa a la responsabilidad criminal del funcionario que revelase el secreto bancario por remisión, por ejemplo, al artículo 367 y 368 del Código penal (59).
6. Por lo que se refiere al capítulo de sanciones a imponer a la entidad que incumpla el deber de colaboración, es de destacar que resulta acorde con el inefable poder sancionador que la Administración pública española ostenta en otros muchos ámbitos. En efecto, el artículo 44 de la LMURF y el artículo 8.º de la Orden de 14 de enero de 1978 remiten a los artículos 56 y 57 de la Ley de Ordenación bancaria de 31 de diciembre de 1946 para el caso de incumplimiento del Banco de su deber de colaboración. El artículo 57 de la Ley de Ordenación bancaria impone sanciones que van desde la simple advertencia a la exclusión del Registro de Bancos, liquidación y disolución de la entidad, pasando por distintas clases de amonestaciones y de multas, suspensión de ventajas con el Banco de España o

suspensión de elementos directivos.

Pues bien, estas sanciones son aplicables a los Bancos que incumplan su deber de colaboración con la Administración tributaria, con la sola condición de que el expediente sancionador se inicie a instancia del Ministerio de Hacienda, y sin distinguir las infracciones según su gravedad a efectos de determinar la sanción adecuada. La Ley no determina qué sanción debe aplicarse al Banco que simplemente se limita a no solicitar a sus clientes el número de identificación (deber impuesto en el artículo 3, 2 a) de la Orden) o qué sanción corresponde al Banco que, por el contrario, impide por la fuerza la entrada en sus dependencias del Inspector de Hacienda.

En este sentido decía Cazorla que «dada la amplia gama de sanciones que encierran estos preceptos, como también la pluralidad de supuestos que contemplan, es imprescindible un inmediato desarrollo reglamentario de estas disposiciones para que el artículo 44 de la Ley de noviembre de 1977 pueda cobrar en su caso equilibrada y justa eficacia» (60). Tal desarrollo reglamentario no se ha hecho por lo que la determinación de la sanción queda al arbitrio de la propia Administración.

E) Trascendencia del art. 196 del Proyecto de Código penal

El artículo 196 del Proyecto de Código penal castiga la revelación de secreto profesional. La cuestión que se plantearía de entrar en vigor este precepto es que, entendiendo nosotros que

el secreto bancario es como tal secreto profesional subsumible en tal precepto, pudiera afectar al deber de colaboración impuesto a las entidades bancarias respecto a la Administración tributaria.

En el Derecho comparado la inclusión del secreto bancario entre los secretos profesionales con relevancia penal no impide el levantamiento del secreto frente al fisco. Ciertamente podría argumentarse, de entrar en vigor el Proyecto, que la Ley posterior deroga a la anterior, y siendo así que el Proyecto castiga la revelación del secreto bancario a través de la figura del secreto profesional, queda derogado el deber de colaboración con la Hacienda pública en la medida en que implique revelación de secretos.

Esta argumentación sería, a mi juicio, excesivamente simplista. No se puede olvidar que la inclusión del secreto bancario entre los secretos profesionales a efectos penales no se deduce explícitamente de la Ley sino que es consecuencia de una interpretación. Pues bien, debe igualmente desentrañarse si el futuro Código penal pretende imponer el deber de secreto bancario sin más limitaciones que las que se deriven de las disposiciones del propio Código, principalmente del estado de necesidad. A mi juicio, no sólo será obligado revelar el secreto cuando se derive de deberes de superior rango al deber de sigilo impuesto por el artículo 196, sino también cuando se deduzca que es voluntad del legislador.

Hemos advertido en otro lugar que los deberes profesionales de sigilo se encuentran en franco retroceso frente a deberes de carácter social. Se pone

como ejemplo el secreto médico que, pese a ser uno de los más rígidamente concebidos y de mayor antigüedad en su formulación, cede frente a deberes de carácter social. Pues bien, a la hora de interpretar si el futuro Código deroga lo dispuesto en la LMURF respecto al secreto bancario, no puede olvidarse esta realidad. El sentido del conjunto de disposiciones es otorgar al secreto bancario un tratamiento penal en defensa de la intimidad personal a la vez que se impone el deber de que tal secreto no sirva de coartada para incumplir los deberes fiscales. En este sentido el Proyecto de Código penal no trata de limitar el levantamiento del secreto bancario frente a la Hacienda pública, si bien no puede olvidarse que desde su entrada en vigor la fundamentación del secreto bancario se encuentra en una Ley y su derogación o limitación indefectiblemente exige una norma de igual rango.

Bruyneel ha visto con claridad que la penalización del secreto bancario no se contradice con el levantamiento del mismo secreto ante la Hacienda pública. Precisamente este autor, criticando la famosa Sentencia belga de 25 de octubre de 1978 que declara no punible la revelación del secreto bancario conforme al delito relativo al secreto profesional, observa que la exclusión del secreto ante la Administración tributaria es cuestión aparte de su penalización o no como secreto profesional. Este autor cree más bien que al lado del derecho del fisco a investigar las cuentas bancarias, sería correcto penalizar la revelación del secreto bancario dada la implicación social que tiene este secreto en el mundo moderno (61).

OTROS DEBERES DE INFORMACION A TERCEROS

Por su situación comercial los Bancos se encuentran en el centro mismo de una infinidad de relaciones mercantiles que les permite un conocimiento profundo de la situación económica de sus clientes. Por esta razón, en la formalización de operaciones comerciales de importancia, se suele acudir a los Bancos solicitando información sobre la solvencia económica, moralidad comercial y capacidad técnica de la otra parte contratante.

En la práctica los Bancos proporcionan esa información. La cuestión está en saber hasta qué punto este uso comercial no violenta el deber profesional del secreto. Veremos la cuestión, en primer lugar, a la luz de la doctrina mercantil elaborada con referencia al Derecho vigente para, en segundo lugar, ver la situación desde la perspectiva de una hipotética entrada en vigor del delito de secreto profesional previsto en el Proyecto de Código penal de 1980.

1. Doctrina mercantil

A) Información a terceros

La doctrina mercantil española no difiere en este tema de las tesis mantenidas por la doctrina europea pese a no existir en nuestro Código penal referencia alguna al delito de revelación de secretos profesionales.

Se conviene en que la información a terceros es lícita en la medida en que se trate de infor-

maciones generales derivadas de datos no estrictamente confidenciales. Se trataría de datos al alcance de cualquiera de suerte que la información proporcionada por el Banco aparece como la *opinion de la place* (62). Esta información ha de revestir caracteres medidos y debe versar sobre datos objetivos: rama de actividad, importancia de la empresa, posición en el sector correspondiente, estructura de la clientela, organización, calidad de sus dirigentes, etc. Y tratándose de información negativa debe de referirse a hechos conocidos, tales como procesamientos por emisión de cheques sin cobertura o estafas.

No se considera lícita, por el contrario, la información que parte de datos confidenciales. Por poner un ejemplo, el Banco no podrá informar de los saldos de su cliente, de operaciones concretas realizadas o del importe de un crédito.

Un sector doctrinal pretende negar la licitud de las informaciones generales cuando son desfavorables, de suerte que el Banco sólo estaría facultado para proporcionar informaciones favorables (63). Sin embargo, este entendimiento es criticado, a mi juicio, acertadamente, desde el momento en que, en tal caso, el silencio sería significativo de una información desfavorable (64).

La información falsa podrá dar lugar a las responsabilidades civiles pertinentes, bien por responsabilidad contractual o extracontractual.

B) Información interbancaria

Si la opinión dominante en la doctrina mercantil no deja de

ser discutida y dudosa por lo que respecta a la información a terceros, resulta menos controvertida por lo que respecta a la información interbancaria.

En efecto, se dice, que cuando se trata de información interbancaria las circunstancias varían notablemente ya que los Bancos que reciben la información quedan también sujetos al deber del secreto y, por otra parte, esta información forma parte del sistema bancario que es algo más que una simple coalición de Bancos (65). En este sentido se dice que la información interbancaria puede considerarse como una prolongación de la Central de Riesgos oficial (66).

Sin embargo, esta información, de cuya importancia no puede dudarse y que da lugar a listas negras, tiene también sus limitaciones. En este sentido la doctrina mercantil entiende: 1) que debe existir un interés general además del simple profesional. 2) Que dicha información sólo debe perjudicar al cliente infractor, por ejemplo, quien ha ocultado la totalidad de los créditos obtenidos del sector bancario o ha realizado actos que merecen desconfianza como la emisión de cheques sin provisión o impago de letras. 3) Que no afecte a cosas confiadas especialmente al secreto (67).

Por otra parte, el Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, sobre Nacionalización y reorganización del Banco de España, establece en los artículos 15 y 16 diversos deberes de información al Banco de España y a su Servicio Central de Información de Riesgos, lo que sin duda implica una excepción al secreto bancario. Tal excepción no ha sido

discutida a nivel teórico por la necesidad de centralizar ciertas informaciones a efectos de política monetaria y de crédito. Por otra parte la Banca está especialmente interesada en la información que devuelve el propio Banco de España con la estadística general del Crédito y las notificaciones sobre riesgos excepcionales.

En todo caso, el artículo 16 del citado Decreto-Ley establece la obligación de secreto, bajo sanción disciplinaria, para los Bancos que soliciten notificaciones excepcionales de la Central de Riesgos.

2. Situación ante el Proyecto de Código penal

A mi juicio, en caso de entrada en vigor del artículo 196 del Proyecto de Código penal, sería igualmente aplicable la doctrina mercantil anteriormente expuesta sobre la licitud o ilicitud de la información interbancaria.

La licitud de la información vendría dada, en su caso, por un estado de necesidad o por consentimiento tácito o expreso del cliente. Al estado de necesidad parece apelar Manzini cuando la comunicación a terceros se hace por necesidades profesionales, siempre que, conforme a la costumbre, sea necesario para el ejercicio profesional (el médico a su asistente, el abogado a su sustituto) (68). Sin restarle importancia a esta modalidad de justificación de la revelación del secreto, creo más adecuado, al menos para la información bancaria, apelar al consentimiento tácito o expreso del cliente.

Hay que tener en cuenta que la información que los Bancos proporcionan a terceros o a la Central de Riesgos o, en general, la llamada información interbancaria, es un uso mercantil inveterado, y, como tal, conocido por el cliente. En consecuencia es obligado partir de la base de que el cliente al mantener relaciones con el Banco está consintiendo tácitamente en este uso. Por ejemplo, es conocido por todo cliente que el impago de letras es un dato intercomunicado a nivel bancario, por lo que al requerir el descuento de efectos o al domiciliar la letra en un determinado Banco se está consintiendo en esta práctica común.

Por supuesto este consentimiento tácito sólo va referido a la información de carácter general o a la que afecta al sistema bancario en los términos expresados en el apartado anterior y no alcanza a informaciones que versen sobre datos confidenciales o aquellos que no tienen interés bancario. En todo caso la *expresa* voluntad de que tal información no se haga a terceros, incluido el sistema bancario, hace ilícita la revelación del secreto y sería punible conforme al artículo 196 del Proyecto. En tal caso el Banco no tiene otra opción que o negarse a mantener relaciones profesionales con el cliente o mantener sigilo.

PLEITO ENTRE BANQUERO Y CLIENTE

La doctrina mercantil es unánime en considerar lícita la revelación hecha por el banquero necesaria para la defensa de sus intereses, tanto si es demandante como demandado (69). La licitud de la revelación queda

condicionada a que el banquero opere como parte en el proceso y que la revelación se limite a lo necesario para la defensa de sus intereses.

Decía Henrion que la licitud de la revelación en tales casos se explica del mismo modo que la del médico para exigir sus honorarios (70). Sin embargo, la afirmación de Henrion no resulta clara desde la perspectiva penal en donde la cuestión es muy controvertida.

En la doctrina penal, que ha tratado la cuestión desde la perspectiva general del secreto profesional sin ceñirse al secreto bancario en particular, se mantiene una posición radical en el sentido de considerar punible la revelación de secretos en reclamación de honorarios salvo en el caso de ser el profesional inculcado o demandado (71).

Manzini entiende, por ejemplo, que el deber de sigilo no tiene su origen en un contrato sino *ex lege*, por lo que no puede admitirse la liberación del deber por incumplimiento contractual. Sólo es lícita la revelación si se hace para salvar su buen nombre u otro daño ante una agresión injusta (72). En la misma línea, Chavanne entiende que el profesional puede, en una reclamación de honorarios, revelar los hechos no secretos (la propia relación con el cliente, número de visitas, etc.) pero no la enfermedad (en caso de un médico) o la materia de las intervenciones, de suerte que un médico especialista no puede reclamar sus honorarios. «Es el riesgo y el honor de la profesión.» Sin embargo, si el profesional es inculcado o demandado puede defenderse revelando, incluso, los hechos secretos si son necesarios para la defensa (73).

Esta posición radical conduce a negar los derechos de los profesionales a cobrar sus honorarios, porque no es concebible un derecho sin medios para ejercitarlo. Influye aquí una concepción romántica de ciertas profesiones que no responde a la realidad. No puede olvidarse que los honorarios cumplen hoy la función del sueldo para el trabajador. Por otra parte, no puede hoy concebirse la viabilidad de una clínica privada sin la posibilidad de reclamar sus honorarios.

Pero, trasladada la cuestión al ámbito del secreto bancario, aparece más claro lo exagerado de esta posición. Sin menospreciar el objeto de tutela del secreto bancario que defiende un sector de intimidad personal de tanta importancia como el protegido por otros secretos profesionales, lo cierto es que no es concebible la actividad bancaria sin la posibilidad de reclamar las deudas de sus clientes. Por esta razón opino que, aun siendo derecho positivo el artículo 196 del Proyecto de Código penal, el Banco puede revelar los secretos de sus clientes cuando sea necesario para la defensa de sus intereses tanto si es demandado como demandante (74).

NOTAS

(1) Sobre estas autorizaciones vid. GARÇON, *Code pénal annoté*, nueva edición por Rousselet-Patin-Ancel, II, París, 1956, página 529, apartados 17 a 21.

(2) Vid. SCHMIT-DONDELINGER, *Le secret bancaire en Droit luxembourgeois*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, pág. 149.

(3) BÄRMANN, *Le secret bancaire en Allemagne Fédérale*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, página 38.

(4) Vid. GARÇON, *ob. cit.*, pág. 527, apartado 64; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, París, 1894, pág. 58; CHAVANNE, *La violation du secret professionnel*, voz de *Juris-Classeur pénal*, 6, 1957, pág. 21, apartado 190.

(5) Cfr. MULLER, *Le secret bancaire aux Pays-Bas*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, pág. 100.

(6) GARÇON, *ob. cit.*, pág. 526, apartado 58. Vid. CHAVANNE, *ob. cit.*, pág. 21, apartados 186-187.

(7) Este paralelismo todavía aparece en GARRAUD, *ob. cit.*, pág. 66.

(8) En este sentido HENRION, *Le secret professionnel du Banquier*, 2.ª ed., Bruxelles, 1968, pág. 18; GAVALDA, *Le secret bancaire en France*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, pág. 82; FARHAT, *Le secret bancaire. Etude de Droit comparé (France, Suisse, Liban)*, París, 1970, pág. 26.

(9) GARÇON, *ob. cit.*, pág. 527, apartado 64.

(10) CHAVANNE, *ob. cit.*, págs. 21-22; GAVALDA, *ob. cit.*, pág. 82.

(11) GAVALDA, *ob. cit.*, pág. 82.

(12) Cfr. para Alemania: BARMANN, *ob. cit.*, págs. 36-37; Bélgica: HENRION, *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, pág. 61; Francia: GAVALDA, *ob. cit.*, página 82; Holanda: MULLER, pág. 100; Italia: RUTA, *Le secret bancaire en droit italien*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, págs. 121-122; Luxemburgo: SCHMIT-DONDELINGER, *ob. cit.*, página 149; Suiza: SCHÖNLE, *Le secret bancaire en Suisse*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, París, 1974, página 184, y FARHAT, *ob. cit.*, pág. 112. Téngase en cuenta que en Derecho suizo es la propia Ley la que enumera los profesionales dispensados de testificar y, entre ellos, no incluye a los banqueros.

(13) Cfr. art. 42,3 de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal y art. 7 de la Orden de 14 de enero 1978.

(14) Vid. MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Prólogo de Gutiérrez-Alviz, Madrid, 1980, página 138 y ss.

(15) Vid. sobre esta sentencia BAJO FERNÁNDEZ, *Relevancia penal de la denuncia del empleado contable a la Hacienda Pública de las anomalías en la contabilidad de su principal*, en *Anuario de Derecho penal*, 1978, pág. 771 y ss.

(16) Ley que deberá tener carácter de Ley Orgánica según MORENO CATENA, *ob. cit.*, pág. 119.

(17) GUTIÉRREZ-ALVIZ, Prólogo a Moreno Catena, *ob. cit.*, pág. 12: «se hace precisa una nueva normativa legal en la que se regule el secreto como derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos, cuando los hechos son conocidos por razón de parentesco y de profesión, y en la que se establezca, de otra parte, los casos en que puede ser lícito y obligatorio comunicar la noticia amparada por el secreto».

(18) Cfr. KLAUSER, *Das schweizerische Bankgeheimnis und seine internationale tragweite*, en *Wirtschaft und Recht*, vol. 29,

1977, pág. 1 y ss.; SCHÖNLE, *ob. cit.*, página 185; ampliamente FARHAT, págs. 110 y siguientes.

(19) Cfr. RUTA, *ob. cit.*, pág. 123.

(20) Cfr. RUTA, *ob. cit.*, pág. 124.

(21) Cfr. KLAUSER, pág. 5; SCHÖNLE, *ob. cit.*, pág. 185.

(22) Cfr. BÄRMANN, pág. 48.

(23) Cfr. RUTA, *ob. cit.*, pág. 125.

(24) Cfr. SCHÖNLE, *ob. cit.*, pág. 185; KLAUSER, *ob. cit.*, pág. 5.

(25) Cfr. GAVALDA, págs. 82-83.

(26) HENRION, C.E.E., *ob. cit.*, pág. 61. Conviene tener presente que la doctrina y jurisprudencia belga mayoritariamente niegan el carácter profesional del secreto bancario y, por tanto, su relevancia jurídico penal.

(27) GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pág. 54.

(28) JIMÉNEZ DE PARGA, R., *El secreto bancario en Derecho español*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 113, 1969, pág. 405.

(29) Con independencia del Proyecto de Código penal, ya consideraba aplicable este precepto al banquero BATLLE, *El secreto de los libros de contabilidad y el secreto ban-*

cario, separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio, 1975, página 41.

(30) JIMÉNEZ DE PARGA, *ob. cit.*, página 402.

(31) Sobre el secreto bancario en los países del Este, vid. KLAUSER, *ob. cit.*, páginas 24-25.

(32) Paradigmático de una posición maximalista inaceptable es CAZORLA PRIETO, *El secreto bancario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, págs. 104 a 112.

(33) CERVERA TORREJÓN, *El secreto bancario en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal (Un comentario de urgencia)*, en *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, I, Madrid, 1977, pág. 567.

(34) CAZORLA PRIETO, *Consideraciones sobre el levantamiento fiscal del secreto bancario en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, en *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, I, Madrid, 1977, págs. 539-540.

(35) CAZORLA PRIETO, *ob. ult. cit.*, páginas 538-539.

(36) BASANTA DE LA PEÑA, *En torno al secreto bancario*, en *Estudios*, pág. 776.

(37) SCHÖNLE, *ob. cit.*, pág. 187.

(38) Vid. SCHÖNLE, *ob. cit.*, pág. 187, y AUBERT-KERNEN-SCHÖNLE, *Le secret bancaire suisse*, Bern, 1976, págs. 141 y ss.

(39) RUTA, *ob. cit.*, pág. 129.

(40) GAVALDA, *ob. cit.*, pág. 84.

(41) GAVALDA, *ob. cit.*, págs. 84-85.

(42) SCHMIT-DONDELINGER, *ob. cit.*, página 152.

(43) MULLER, *ob. cit.*, págs. 101 y ss.

(44) BÄRMANN, *ob. cit.*, pág. 42.

(45) BÄRMANN, *ob. cit.*, págs. 43-44.

(46) Cfr. HENRION, C.E.E., *ob. cit.*, página 65.

(47) Cfr. GARCIA-ROMEU, *Secreto bancario y colaboración en la gestión tributaria*, en *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, I, Madrid, 1977, pág. 526.

(48) CERVERA TORREJÓN, *ob. cit.*, página 598.

(49) CAZORLA PRIETO, *ob. ult. cit.*, páginas 548-549.

(50) Lo que está claro es que en ningún caso se exige comunicar las autorizaciones de firma en cuentas unipersonales.

(51) CAZORLA PRIETO, *ob. ult. cit.*, página 555.

(52) No parece regir tal límite por lo que respecta al deber de comunicación. Vid. artículo 3 de la Orden.

(53) Por eso se precipita FERNANDEZ ORDÓÑEZ, *Prólogo* a la obra de Cazorla Prieto, *Secreto bancario*, cuando afirma que la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal viene a «restaurar una posibilidad de control de las cuentas bancarias en línea con lo establecido en otras legislaciones europeas», pág. 5. En realidad, hay diferencias de matiz con algunos países europeos de especial relevancia en esta materia.

(54) BASANTA DE LA PEÑA, *ob. cit.*, página 775.

(55) La crítica del poder sancionador de la Administración Pública ha sido muy dura en la doctrina española. Personalmente me he pronunciado en esta línea en repetidas ocasiones. Vid. BAJO FERNANDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, pág. 93 y ss.

(56) CAZORLA PRIETO, *ob. ult. cit.*, página 554.

(57) CAZORLA PRIETO, *ob. ult. cit.*, página 545.

(58) BASANTA DE LA PEÑA, *ob. cit.*, páginas 770 y 775-776.

(59) Parece ser, sin embargo, que se hizo referencia al art. 368 en la discusión parlamentaria. Cfr. CAZORLA PRIETO, *Secreto bancario*, pág. 216.

(60) CAZORLA PRIETO, *Consideraciones*, *cit.*, págs. 549 a 551.

(61) Cfr. BRUYNEEL, pág. 377.

(62) Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, *ob. cit.*, página 391; HENRION, 2.^a ed., *ob. cit.*, páginas 84-85; GAVALDA, *ob. cit.*, pág. 94.

(63) Así GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 55; BATLLE, *ob. cit.*, pág. 39. Cfr. también BÄRMANN, *ob. cit.*, pág. 27.

(64) Cfr. HENRION, C.E.E., *cit.* pág. 72; VEZIAN, *La responsabilité du banquier en Droit privé français*, Prefacio de Cabrillac, 2.^a ed., París, 1977, págs. 246-247.

(65) HENRION, C.E.E., *cit.*, pág. 73; del mismo, 2.^a ed., *cit.*, págs. 87-88.

(66) GAVALDA, *ob. cit.*, pág. 94.

(67) HENRION, 2.^a ed., págs. 94-95. Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, *ob. cit.*, pág. 391, que es más enérgico en lo relativo a estas limitaciones.

(68) MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, 4.^a ed. por Nuvolone-Pisapia, VIII, Torino, 1964, pág. 974.

(69) Vid. JIMÉNEZ DE PARGA, *ob. cit.*, página 404; BATLLE, *ob. cit.*, pág. 41; FARHAT, *ob. cit.*, pág. 201 y ss.; HENRION, 2.^a ed., *ob. cit.*, págs. 81-82; VEZIAN, *ob. cit.*, página 243.

(70) HENRION, 2.^a ed., *ob. cit.*, pág. 81.

(71) Así WAREMBOURG-AUQUE, *Réflexions sur le secret professionnel*, en *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1978, pág. 252, aparte de las opiniones de Manzini y Chavanne que recogemos a continuación.

(72) MANZINI, *ob. cit.*, págs. 977-978.

(73) CHAVANNE, *ob. cit.*, pág. 18.

(74) En este sentido y referido al banquero N. HUNGRIA, *Comentarios ao Código penal*. 4. ed., VI, Río de Janeiro, 1958, pág. 272.