

346.082
4765
Ej. 1

No. Inv. ~~360~~ 95

MFN: 1620



EDITORES: Redactores Asociados Poligrupo Comunicación.

IMPRESORES: Editorial Presencia Ltda.

ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA

MIEMBROS

En orden alfabético

BANCOS

Banco Comercial Antioqueño
Banco de América Latina
Banco de Bogotá
Banco de Caldas
Banco de Crédito y Desarrollo
Banco Colpatria y de la Costa
Banco de la República
Banco de los Trabajadores
Banco de Londres y América del Sur Limitado
Banco de Occidente
Banco del Comercio
Banco del Estado
Banco Francés e Italiano para la América del Sur
Banco Franco Colombiano
Banco Ganadero
Banco Industrial Colombiano
Banco Nacional
Banco Panamericano
Banco Real
Banco Santander
Banco Tequendama
Bank of América N.T. y S.A.
Caja Social de Ahorros
First National City Bank
The Royal Bank of Canada

CORPORACIONES FINANCIERAS

Corporación Financiera Aliadas
Corporación Financiera Colombiana
Corporación Financiera de Caldas
Corporación Financiera de Occidente
Corporación Financiera de Oriente
Corporación Financiera de Santander
Corporación Financiera del Caribe
Corporación Financiera de Desarrollo del Turismo y Los Recursos Naturales S.A.
Corporación Financiera del Norte
Corporación Financiera del Tolima
Corporación Financiera del Valle
Corporación Financiera Industrial Agrícola
Corporación Financiera Nacional

CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA

Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle (Ahorramás)
Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda (Davivienda)
Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Almacenes Generales de Depósito BIC S.A. (Almabic)
Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S.A. (Almagran)
Almacenes Generales de Depósito Santa Fe S.A. (Almaviva)
Almacenes Generales de Depósito, Almacenadora
General de Bancos, (Almabanco)
Almacenes Generales de Depósito Santander S.A. (Alsantander)

ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA

PRESIDENTE
EDUARDO ARIAS ROBLEDO

VICEPRESIDENTE EJECUTIVO
Eduardo Wiesner Durán

VICEPRESIDENTE OPERATIVO
Andrés Delgado Mallarino

DEPARTAMENTO JURIDICO

DIRECTOR
Isaías Chaves V.

Ma. del Pilar de Correa
Jorge Suescun Melo
Hernán Dario Zea
Arturo Samper

INDICE

	Página
I. Introducción	7
II. Disposiciones Constitucionales y Legales	
III. Doctrinas y Conceptos	13
1) Consejo de Estado	19
— Facultades del Senado de la República	19
2) Superintendencia Bancaria	
— Principales Doctrinas y Conceptos desde 1934 sobre naturaleza jurídica de la reserva bancaria	29
— Accionistas - Derecho de Inspección	33
— Contraloría General de la República	37
— Reserva Postal y Telegráfica	39
— Inspectores del Trabajo	41
— Senado de la República	43
— Policía Judicial	51
— Procuraduría General de la Nación	55
— Hechos no cobijados por la reserva bancaria	65
3) Asociación Bancaria	
— Superintendencia de Control de Cambios	71
— Salas Penales	79
— Central de Riesgos - Renuncia a la reserva bancaria	81
— Reserva de libros y papeles privados - Jueces - Contraloría General de la República	93

INTRODUCCION

La asamblea general de la ASOCIACION BANCARIA ha dispuesto el funcionamiento de una Central de Riesgos que empezará a operar en el primer semestre del año entrante, con la participación de todos los bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y almacenes generales de depósito del país.

Con el fin de lograr una efectiva moralización del crédito y un mayor control a la capacidad de endeudamiento de la clientela, la Central se encargará de reunir periódicamente los informes sobre responsabilidades directas o indirectas a cargo de aquellas, para luego retransmitirlos a solicitud de cualquiera de los participantes del sistema en forma totalizada y sin identificar a los intermediarios acreedores.

Se cristaliza así un viejo anhelo de los bancos, debatido por primera vez en la Asociación en 1954, cuando se trató de implantar un mecanismo similar de intercambio de informaciones, pero circunscrito a la posibilidad de obtener el dato de la propia clientela del banco interesado; mientras que ahora cualquiera de los participantes en la Central, podrá saber, al momento de estudiar un crédito, el monto total de endeudamiento de una persona frente al resto de intermediarios financieros.

El primer aspecto por despejar, como presupuesto para la creación de la Central de Riesgos, fue el relacionado con la Reserva Bancaria, porque aunque existe un consenso general sobre la vigencia de tan importante institución, el país no dispone de una norma que tipifique claramente esta obligación definida por algún doctrinante como “un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con las que mantiene relaciones”

En Colombia no se ha dictado ninguna disposición que consagre y determine el alcance del derecho de la clientela al sigilo bancario, ni, por lo tanto, se prevén sanciones para los responsables infractores, a diferencia de lo que pasa en otros sistemas jurídicos, donde se dice, por ejemplo, que “las instituciones depositarias no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o depositario” a menos que se soliciten dentro de juicio en el que el depositante sea parte o acusado, o por el órgano de vigilancia estatal o por las autoridades fiscales; se señalan las circunstancias en las cuales dichas instituciones pueden exonerarse de tal obligación y se advierte sobre la indemnización de perjuicios ocasionados con el incumplimiento y las sanciones al funcionario que revele el secreto.

Ante este vacío de la legislación nacional, la Superintendencia y la Asociación Bancaria han tenido que salir a la defensa de tan preciada noción instituída entre nosotros por la costumbre mercantil, acudiendo para el efecto a la garantía constitucional del derecho a la intimidad de las personas que consagra el artículo 38 de la Carta y a las normas penales, comerciales y procesales que, en desarrollo de aquella, imponen el secreto profesional a ciertas personas, establecen sanciones a los infractores y regulan el derecho a la reserva de los libros y papeles del comerciante, así como los casos en que procede su exhibición excepcional a las autoridades.

La correspondencia y los papeles privados, en efecto, no pueden ser registrados ni inspeccionados sino por la autoridad, mediante orden del funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales, facilitar la tasación de impuestos y lograr la intervención del Estado.

Reserva de libros y papeles

A menos que se obtenga el consentimiento del interesado, nadie podrá imponerse del contenido de sus archivos contables, correspondencia, libros y demás papeles privados.

Las autoridades podrán solicitar informes o requerir exhibiciones parciales o totales de dichos documentos solamente en los siguientes casos:

— Para la práctica de pruebas judiciales, es decir de aquellas decretadas dentro de un proceso o investigación, por funcionario investido de jurisdicción y con las ritualidades procedimentales propias de la actuación de que se trate. Son competentes para decretar tales pruebas los jueces y también el senado de la república para el juzgamiento de ciertas conductas cometidas por altos funcionarios del poder público en el ejercicio de sus cargos.

Excepcionalmente, algunos funcionarios administrativos están facultados para aplicar la ley y sancionar su violación, mediante verdaderos procesos en los que, al igual que en los juicios, debe respetarse el derecho de defensa.

— Para la tasación de impuestos.- 1: Conforme a las normas tributarias vigentes, la Dirección de Impuestos, por medio de sus funcionarios liquidadores, puede solicitar en las liquidaciones oficiales y en los procesos de aforo toda clase de informes al contribuyente y a terceras personas, con el objeto de verificar la exactitud de la declaración o aforo que se discuta. 2: Los establecimientos de crédito están obligados a suministrarle informes sobre sus depositantes a 31 de diciembre de cada año, cuando el monto de los mismos exceda de \$ 40.000.00. 3: Los bancos deben, por su parte, enviarle una relación de los cheques de gerencia expedidos y no cobrados, durante los meses de noviembre y diciembre, cuando su cuantía sea o exceda de \$ 30.000. 4: Informarle sobre los depósitos en cuenta corriente o depósitos a término en cualquier época de aquellos contribuyentes cuyos nombres les indique la Dirección. 5: Hacerle una relación de los deudores por cuantías superiores a \$ 50.000.00.

— Y para la intervención del Estado y consiguiente vigilancia o inspección de las normas referentes a dicha intervención, como ocurre frente a las Superintendencia Bancaria, de Sociedades y de Cooperativas, respecto de entidades por ellas vigiladas.

Secreto Profesional

En tanto que los libros y papeles del comerciante -el banco lo es por disposición legal-, son de su exclusivo exámen, y la exhibición o informes acerca de su contenido, solamente de su propia conveniencia dependen, sin perjuicio de las excepciones que frente a las autoridades reseñamos, los hechos y datos revelados al profesional por la clientela -y el banco es también un pro-

fesional en el manejo del dinero y del crédito-, por razones de necesidad y motivada tan solo por la confianza que la seriedad y profesionalidad del banco le inspira, estan amparados por lo que se llama secreto profesional. Divulgarlos, mientras guarden la naturaleza de tales, no solo envuelve indemnización de perjuicios sino que alcanza a comprometer la responsabilidad penal del funcionario infidente, a menos que medie una justa causa de las que el estatuto penal enumera como suficientes para que el hecho no adquiera la categoría de delito.

Son causales de justificación que exonera la responsabilidad de quien revele secretos profesionales, poniéndolo a salvo de la obligación de indemnizar los perjuicios causados, de acuerdo al artículo 25 del Código Penal:

— La ley o la orden de autoridad que debe cumplirse. En materia criminal, únicamente los ministros de cultos admitidos en la república y los profesionales enumerados en el Código de Procedimiento Penal, no tienen el deber de declarar (art. 240 ib.). En materia civil, no lo tiene, además de las personas indicadas por las normas del Código procesal del ramo, “cualquiera otra que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto”, vale decir, los bancos, entre otros. (art. 214 C. P. C.)

La orden de autoridad solamente abarca los casos en que existe una relación oficial de subordinación.

— La legítima defensa de los bienes o el honor, cuando en cabeza del obligado a guardar secretos pudieran verse lesionados, frente a agresiones actuales e injustas que no sea posible repeler de otra manera.

— El estado de necesidad provocado por una situación de peligro actual de los intereses protegidos en que no quede otro camino que la violación de intereses de otras personas.

El secreto deja de serlo por voluntad del cliente. El derecho a que se mantenga únicamente de su voluntad depende, como solo del banco depende mantener o no la reserva sobre sus propios papeles.

Reserva Bancaria

Sin embargo, esta consideración no se ha estimado bastante como para concluir que, entonces, los libros de la contabilidad de un banco, en los que si bien no aparecerán secretos del cliente aunque sí operaciones realizadas con él, pudieran libremente divulgarse, fuera de los casos en que la reserva para el propio banco cesa y de otras circunstancias basadas en principios de moralidad y protección del interés social.

Al contrario, en cumplimiento de una costumbre fundada en hechos reiterados y públicos, los bancos se abstienen sistemáticamente de divulgar en cualquier forma los hechos relativos a sus clientes a cuyo conocimiento llegan por razón del decurso de las distintas relaciones jurídicas mantenidas con aquellos, sin que les hayan sido revelados con carácter confidencial, porque, siendo ajenos a la intimidad del cliente, no pueden quedar comprendidos por la noción de sigilo profesional.

La circunstancia de venir practicando uniformemente esta conducta, bajo la íntima convicción de estar obrando ajustados a normas jurídicas, nacidas no de la ley sino de la costumbre, fuente también de nuestro derecho positivo, ha convertido este deber de silencio en norma obligatoria a cargo de los bancos y en favor de sus clientes. Es así como los establecimientos bancarios se oponen a permitir que terceros se enteren de los depósitos de sus clientes, de la naturaleza y cuantía de las operaciones de crédito que con ellos celebran y demás aspectos que constan en sus libros, al igual que si se tratara de verdaderos hechos privativos del cliente y revelados al banco, como serían los que aparecen de balances, proyectos de inversión, su propia correspondencia, secretos industriales etc., en los cuales el cliente sí puede aspirar a su más estricta confidencia.

Los elementos que integran el deber consuetudinario de la reserva bancaria, se rigen más por las normas que garantizan al banco y al cliente la inviolabilidad de sus documentos y papeles privados, como que en ellos constan, que por las atinentes al secreto profesional propiamente dicho, y por estar instituida en favor de ambos titulares, solamente el consentimiento de los dos puede considerarse suficiente para levantarla.

En consecuencia, mal podrían exigir los clientes que se mantenga el deber de silencio, emanado de la reserva bancaria, cuando el banco tenga que ceder a la "privacidad" de sus propios papeles en los casos y con las formalidades previstas en la Constitución y la ley.

Hechos no amparados por la reserva bancaria

Como parte de esta costumbre bancaria, practicada uniforme y públicamente, y reconocida sin variaciones por la Superintendencia Bancaria, se ha venido aceptando que el deber de reserva de los bancos no cubre el intercambio prudente de informaciones entre ellos sobre clientes morosos, cancelación de cuentas corrientes por incumplimiento de contratos y referencias sobre la moralidad de la clientela.

Se ha dicho, por ejemplo, con sobrada razón, por parte de la entidad que ejerce el control de los bancos, al reconocer la bondad del uso o costumbre

de la discreción que “si se aceptara que esta discreción debe ser mampara que oculte a quienes no cumplen sus compromisos, que encubra la mala fé de ciertos deudores y exponga a los bancos a ser víctimas de reclamaciones temerarias, se le estaría dando a la práctica, saludable por sí misma, una extensión y un alcance peligroso para la moral mercantil y la economía”.

También se ha sostenido que mal podría extenderse la obligación del banquero a mantener oculta la mora de sus deudores, cuando al hacer uso de legítimo derecho a exigir la cancelación de sus créditos por vía judicial, necesariamente tendría que hacerlo mediante un proceso público, de cuyo contenido pueden imponerse terceros. Que, en qué quedaría la confianza de las referencias bancarias, si por motivo de una extensión caprichosa de la reserva se constriñera al banco a no suministrarlas, o a darlas contrarias a la realidad o incompletas. También ha precisado la Superintendencia que con el intercambio de informes, a nivel gremial, sobre cuentas corrientes canceladas e incluso su comunicación al comercio, en la forma como se viene haciendo, no se viola la reserva bancaria ya que con ello “se busca proteger no solamente a las entidades bancarias, sino al público en general”. “Se quiere evitar, agrega, que personas inescrupulosas utilicen, a través de cheques, el buen nombre de los bancos para engañar a otras que contraten con ellas”.

Renuncia a la reserva bancaria

Por ser la reserva bancaria entre nosotros producto de una sana costumbre mercantil, debe ceder, como toda costumbre, al convenio de los titulares del derecho, porque ella, a diferencia de la ley, en ningún caso es fuente de normas imperativas que no pueden ser modificadas por las partes, sino que en silencio de ellas, suple su deseo, como claramente lo dispone la ley comercial.

Los clientes, pues, en cualquier momento, pueden renunciar a este derecho y con mayor razón autorizar a los bancos para que dispongan de la información cobijada por la reserva bancaria en determinado sentido, indicando los fines para los cuales se autoriza y sin que por ello necesariamente pase a ser de público conocimiento.

Todos estos aspectos, desarrollados a profundidad por la Superintendencia y la Asociación del ramo, estamos presentándolos ahora, recopilados en este manual, con motivo de la XIV Convención Bancaria y de Instituciones Financieras y a propósito de la creación de la Central de Riesgos.

ISAIAS CHAVES VELA

Director

Departamento Jurídico

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

CONSTITUCION NACIONAL

ARTICULO 38. La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos.

Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.

CODIGO PENAL

ARTICULO 307. El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio, de un secreto, lo revele sin justa causa, incurrirá en arresto de

tres meses a un año y suspensión para ejercer tal profesión arte u oficio por el mismo tiempo.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

ARTICULO 240. Excepción por razón de oficio o profesión. No pueden ser obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

1. Los ministros de la religión católica o de otro culto admitido en la república, y
2. Los abogados, los consejeros técnicos, los médicos, cirujanos, farmacéuticos, enfermeros, ni las demás personas que ejercen una profesión sanitaria, con excepción de los casos en que la ley expresamente les impone la obligación de informar a la autoridad.

CODIGO DE COMERCIO

CAPITULO II

RESERVA Y EXHIBICION DE LIBROS DE COMERCIO

ARTICULO 61. Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas.

ARTICULO 62. El revisor fiscal, el contador o el tenedor de los libros regulados en este Título que violen la reserva de los mismos será sancionado con arreglo al Código Penal en cuanto a la violación de secretos de correspondencia, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias del caso.

ARTICULO 63. Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público, solamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los casos siguientes:

1º Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones.

2º Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común.

3º En la investigación de delitos, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, y

4º En los procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 64. Los tribunales o jueces civiles podrán ordenar, de oficio o a instancia de parte, la exhibición y examen general de los libros y papeles de un comerciante en los casos de quiebra y de liquidación de sucesiones, comunidades y sociedades.

ARTICULO 65. En situaciones distintas de las contempladas en los artículos anteriores, solamente podrán ser examinados los libros y papeles de comercio, mediante exhibición ordenada por los tribunales o jueces, a petición de parte legítima, pero la exhibición y examen se limitarán a los libros y papeles que se relacionen con la controversia.

La exhibición de libros podrá solicitarse antes de ser iniciado el juicio, con el fin de preconstituír pruebas, u ordenarse dentro del proceso. El solicitante acreditará la calidad de comerciante de quien haya de exhibirlos.

ARTICULO 66. El examen de los libros se practicará en las oficinas o establecimientos del comerciante y en presencia de éste o de la persona que lo represente. El juez o funcionario hará constar los hechos y asientos verificados y, además, del estado general de la contabilidad o de los libros, con el fin de apreciar si se llevan conforme a la ley, y en consecuencia, reconocerles o no el valor probatorio correspondiente.

ARTICULO 67. Si el comerciante no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, oculta alguno, de ellos o impide su examen, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión.

Quien solicite la exhibición de los libros y papeles de un comerciante, se entiende que pone a disposición del juez los propios.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

ARTICULO 214. Excepciones al deber de testimoniar. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

1. Los ministros de cualquier culto admitido en la república.
2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.
3. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

ARTICULO 278. Informes de bancos e instituciones de crédito.

Los informes de bancos e instituciones de crédito establecidos en el país, sobre operaciones comprendidas dentro del género de negocios para los cuales estén legalmente autorizados y que aparezcan registradas en sus libros o consten en sus archivos, se considerarán expedidos bajo juramento y se apreciarán por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que admita el informe u ordene agregarlo al expediente, o en el curso de la audiencia o diligencia en que esto ocurra, podrán las partes pedir su aclaración o ampliación.

EXHIBICION

ARTICULO 823. Procedencia de la exhibición. La parte que pretenda utilizar documentos privados originales o en copia, que se hallen en poder de otra parte o de un tercero, deberá solicitar, en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su exhibición. También podrá pedir que una de las partes o un tercero exhiba copia auténtica de un documento público que se halle en su poder, si el original no se encuentra o ha desaparecido y no le fuere posible aportar copia auténtica.

ARTICULO 284. Trámite de la exhibición. Quien pida la exhibición expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo, la clase y demás características de él. El juez decretará la exhibición si la solicitud reúne los anteriores requisitos y señalará la fecha, hora y lugar de la diligencia. Este auto se notificará a quien se ordena la exhibición, en la forma señalada en el artículo 205.

Presentado el documento, el juez lo hará transcribir o reproducir, a menos que quien lo exhiba permita que se incorpore al expediente. De la misma manera procederá cuando se exhiba espontáneamente un documento.

ARTICULO 285. Oposición y renuencia a la exhibición. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la

decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehusa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de mil a cinco mil pesos. Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio .

ARTICULO 286. Exhibición de cosas muebles. Podrá también pedirse la exhibición de cosas muebles que la parte interesada pretenda aducir como prueba; a dicha solicitud se aplicarán las normas previstas en esta sección.

ARTICULO 287. Exhibición con inspección judicial. Cuando la exhibición haya de practicarse con una inspección judicial, se aplicarán también las reglas relativas a esta.

ARTICULO 288. Exhibición de libros y papeles de los comerciantes. Podrá ordenarse de oficio o a solicitud de parte la exhibición parcial de los libros y papeles del comerciante. La diligencia se practicará ante el juez del lugar en que los libros se lleven y se limitará a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso y la comprobación de que aquellos cumplen con las prescripciones legales.

El comerciante que no presente alguno de sus libros a pesar de haberse ordenado la exhibición, quedará sujeto a los libros de su contraparte que estén llevados en forma legal, sin admitírsele prueba en contrario, salvo que aparezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado siquiera sumariamente una causa justificativa de su renuencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale.

LEY 45 DE 1923

ARTICULO 40. Todo inspector debidamente nombrado y posesionado bajo juramento, cuando haya recibido para ello comisión del Superintendente, deberá sin demora revisar el establecimiento bancario designado en dicha co-

misión, y rendir al Superintendente un informe jurado sobre el resultado de su examen. Todos los informes de los Inspectores y Agentes especiales serán comunicados confidencialmente y no podrán hacerse públicos.

Cualquiera indiscreción cometida en este particular, por el Superintendente o por cualquiera de sus empleados y que redunde en perjuicio de tercero, se castigará por la primera vez con una multa de quinientos pesos, y la reincidencia con la pérdida del empleo, penas que serán aplicadas por el respectivo Ministro del Despacho.

LEY 20 DE 1975

ARTICULO 27. Para preservar las normas sobre sigilo y secreto bancario, la Contraloría General de la República cuando considere que debe hacer investigación fiscal en alguna de las entidades de carácter financiero solamente la confiará a personal altamente calificado y los informes estarán sometidos a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 45 de 1.923. Las sanciones serán impuestas por el Procurador General de la Nación quien podrá elevar a Cinco Mil (\$ 5.000) pesos la pena de multa.

FACULTADES DEL SENADO DE LA REPUBLICA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Dr. Samuel Hoyos Arango

Bogotá, D. E., Febrero 4 de 1976

Y AQUI CABE PREGUNTAR: EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICION QUE CONSAGRA EL ARTICULO 45 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, PODRIA CUALQUIER PERSONA SOLICITAR DE LA SUPERINTENDENCIA INFORMACION SOBRE EL CONTENIDO DE LAS ACTAS DE VISITA PRACTICADAS A LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS? NO, EN MODO ALGUNO, NI AL ARTICULO 45 DE LA CONSTITUCION, ANTES CITADO, NI EL DECRETO 2733 DE 1959 QUE DESARROLLA ESE PRINCIPIO, AUTORIZAN PARA ELLO. ES APENAS OBVIO QUE SI AQUELLO FUERA POSIBLE, LA RESERVA DESAPARECERIA A PETICION DE CUALQUIER CIUDADANO. EL DERECHO DE PETICION SOLO PUEDE REFERIRSE A INFORMACIONES O DATOS SOBRE CUESTIONES QUE NO SEAN RESERVADAS DE ACUERDO CON LA CONSTITUCION O CON LA LEY.

AHORA, AUNQUE LA MISMA CONSTITUCION PRESCRIBE QUE LOS PODERES DEL ESTADO COLABORAN ARMONICAMENTE, HAY ZONAS

POR DECIRLO ASI PROPIAS DE CADA UNO DE ELLOS EN LOS QUE NO PUEDEN DENTRO DE LA CONSTITUCION Y LA LEY, INTERVENIR LOS OTROS PODERES. ESTO SE VE CLARAMENTE EN RELACION CON LA RAMA JURISDICCIONAL, EN SUS PROPIOS ASUNTOS, EN AQUELLOS QUE LE ESTAN RESERVADOS, A PESAR DE LA IMPORTANCIA Y PRERROGATIVAS DEL LEGISLATIVO Y DEL EJECUTIVO, NO PUEDEN ESTOS PODERES, PARA PRESENTAR UN EJEMPLO CONCRETO, INTERVENIR EN SUS FALLOS. ESA SERIA UNA INTERFERENCIA ARBITRARIA, EL LEGISLADOR, EN ESTE CAMPO TAMBIEN, DICTA LA LEY Y LA OBLIGACION DEL JUEZ ES APLICARLA. SI DETERMINADOS JUECES POR SUS HECHOS U OMISIONES VIOLAN LA LEY, EL PODER LEGISLATIVO TIENE UN CAMINO SEÑALADO, EN ULTIMO EXTREMO, POR LA MISMA CONSTITUCION, PERO NO PUEDE INTERVENIR NI EN EL PROCESO NI EN EL FALLO DEL JUEZ. LO MISMO SE APLICA AL EJECUTIVO: SU FUNCION ES GOBERNAR DENTRO DE LA LEY; LA FUNCION DEL LEGISLATIVO ES DICTAR LAS PAUTAS DENTRO DE LAS QUE SE DEBE GOBERNAR, INFORMARSE COMO SE ESTA GOBERNANDO, PERO NO INTERVENIR EN LA ACCION DE GOBERNAR PORQUE ESE NO ES SU CAMPO NI ESAS SUS ATRIBUCIONES. PUEDE OBIAMENTE, CAMBIAR LAS PAUTAS, O SEA LAS LEYES DENTRO DE LAS QUE SE DEBE GOBERNAR, PERO MIENTRAS ELLAS SUBSISTAN, ES ATRIBUCION DEL GOBIERNO ACTUAR DENTRO DE ELLAS SIN INTERFERENCIA DE LOS OTROS PODERES.

NI EL HONORABLE SENADO, NI LA HONORABLE CAMARA DE REPRESENTANTES, NI LAS COMISIONES DE AQUEL Y DE ESTA, NI LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONGRESO EN PARTICULAR (SENADORES Y REPRESENTANTES), TIENEN FACULTAD LEGAL PARA CONSULTAR O CONOCER LOS INFORMES QUE LOS DELEGADOS, INSPECTORES O FUNCIONARIOS DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA, DEBEN RENDIR AL SEÑOR SUPERINTENDENTE, EN CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN LOS ARTICULOS 39 Y 40 DE LA LEY 45 DE 1923.

En oficio de 13 de septiembre pasado, distinguido con el número 426, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a esta sala la consulta que se transcribe a continuación con sus antecedentes y con las citas legales que el señor Ministro se dignó hacer para mejor entendimiento de la cuestión:

"I. Antecedentes

1º En comunicación de fecha 17 de septiembre de 1975, la Honorable Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes

aprobó y envió a la Superintendencia Bancaria, entidad adscrita a este Ministerio, la siguiente proposición:

“II Nómbrase una comisión para que visite a la Superintendencia Bancaria y se informe sobre las investigaciones o visitas adelantadas en relación con las actividades de las Juntas Directivas de los Bancos Panamericano y Popular, y se determine si alguno o varios de los miembros de dichas juntas tienen inhabilidades para desempeñar tales cargos”.

2º Igualmente, mediante comunicación de fecha 17 de Sept. de 1975, un Honorable Senador envió a la Superintendencia Bancaria la siguiente nota:

Con un grupo de Senadores he tenido mucho interés por conocer las informaciones de visitas practicadas por su despacho a ciertos bancos y entidades financieras, que han logrado milagrosamente configurar poderosos grupos económicos, contra los cuales se pronunció el actual Presidente de la República, durante su campaña electoral.

“Quisiera saber si usted nos puede proporcionar copias de tales informes o si es necesario que, mediante proposición aprobada por una de las Comisiones del Senado, nos hagamos incluir en una comisión especial para revisar y tomar notas de tales informes en las oficinas de esa Superintendencia”.

“II. Consulta

Ante la situación planteada en los puntos anteriores, se desea que la Sala de Consulta del Honorable Consejo de Estado se digne precisar si tanto la Comisión Tercera de la Cámara como los Honorables Senadores de la República, tienen la facultad legal para consultar los informes de visitas que la Superintendencia lleva en relación con sus entidades vigiladas.

La base de la anterior petición se encuentra en que, a pesar del muy buen ánimo que tiene la Superintendencia Bancaria de colaborar con el Congreso en todas las investigaciones que ésta tenga a bien realizar y que se relacionen con sus actividades propias, existe la duda sobre la facultad de hacer conocer los informes de visita en la forma requerida, dado que el Artículo 40 de la ley 45 de 1923, Ley que reglamenta la función presidencial contenida en el actual numeral 15 del Art. 120 de la Constitución Nacional, establece:

Todo inspector debidamente nombrado y posesionado bajo juramento, cuando haya recibido para ello comisión del Superintendente, deberá sin demora revisar el establecimiento bancario designado en dicha Comisión y rendir al Superintendente un informe jurado sobre el resultado de su examen.

“Todos los informes de los inspectores y agentes especiales serán comunicados confidencialmente y no podrán hacerse públicos.

“Cualesquiera indiscreción cometida en este particular, por el Superintendente o por cualquiera de sus empleados y que redunde en perjuicio de tercero, se castigará por la primera vez con una multa de quinientos pesos, y la reincidencia con la pérdida del empleo, penas que serán aplicadas por el respectivo Ministro del Despacho.

“Por otra parte la calificación sobre la idoneidad de los miembros de las juntas directivas de las entidades vigiladas compete exclusivamente, de acuerdo a la misma Ley, artículos 27, 92, 93, 55, al Superintendente Bancario.

“Asímismo, es necesario tener presente que los informes de la Superintendencia Bancaria versan sobre documentos privados de los comerciantes que de acuerdo con el Artículo 38 de la Constitución Nacional, desarrollado en los Artículos 62 y ss. del C. de Co., son reservados y solo excepcionalmente pueden examinarse con las finalidades y en la forma expresamente establecida por la Ley.

“De otra parte, la Cámara de Representantes tiene sus propias atribuciones señaladas en los Artículos 102 y ss. de la Constitución Nacional, desarrolladas por varias leyes orgánicas de su funcionamiento, entre las cuales se hallan las que facultan para solicitar informaciones a los distintos funcionarios sobre la marcha de las dependencias a su cargo.

Por ellos ha surgido la duda objeto de la presente consulta.

Para responder al Señor Ministro, la Sala considera:

La Ley 45 de 1923, creó la Superintendencia Bancaria en los siguientes términos: “Artículo 19. Créase dependiente del Gobierno una Sección Bancaria encargada de la ejecución de las leyes que se relacionen con los bancos comerciales, hipotecarios, el Banco de la República y todos los demás establecimientos que hagan negocios bancarios en Colombia. El Jefe de dicha Sección se llamará Superintendente Bancario.

El artículo 20 autoriza al Superintendente para designar un primero y un segundo Superintendentes delegados y para ocupar los amanuences, inspectores, agentes especiales y los demás empleados que pueda necesitar para el desempeño cabal de su misión.

Entre otras funciones, la Ley 45 le señala al Superintendente Bancario las siguientes, en su artículo 39: “El Superintendente deberá visitar y examinar, personalmente o por medio de sus delegados o inspectores, por lo menos dos veces en cada año, y sin previo aviso al establecimiento que haya de

visitar, el Banco de la República, todos los bancos comerciales nacionales o extranjeros, hipotecarios y cualesquiera otros de los establecimientos bancarios sujetos a las disposiciones de esta Ley”.

“En cada uno de dichos exámenes se investigará la situación y recursos del establecimiento bancario, el monto y naturaleza de su encaje, cuentas con otros bancos en Colombia y en el exterior, la manera de dirigir y manejar sus negocios, la conducta de sus directores, la inversión de sus fondos, la seguridad y prudencia de su manejo, la garantía ofrecida a aquellos a cuyo favor están constituídas sus obligaciones, si las prescripciones legales se han cumplido en la administración de sus negocios y las demás cuestiones que el Superintendente disponga averiguar. Esta tendrá la facultad de hacer revisiones especiales o parciales, cuando a su juicio lo requiera el interés público”.

“Artículo 40. Todo inspector debidamente nombrado y posesionado bajo juramento, cuando haya recibido para ello comisión del Superintendente, deberá sin demora revisar el establecimiento bancario designado en dicha comisión, y rendir al Superintendente un informe jurado sobre el resultado de su examen. Todos los informes de los Inspectores y Agentes Especiales serán comunicados confidencialmente y no podrán hacerse públicos”.

“Cualquiera indiscreción cometida en este particular por el Superintendente o cualquiera de sus empleados y que redunde en perjuicio de tercero, se castigará por la primera vez con una multa de quinientos pesos y la reincidencia con la pérdida del empleo, penas que serán aplicadas por el respectivo Ministro del Despacho”.

La Superintendencia Bancaria es, pues, un organismo administrativo adscrito al Ministerio de Hacienda (antes Ministerio del Tesoro), a través del cual ejerce el Presidente de la República la intervención y la inspección necesarias sobre los establecimientos de crédito, que le asignan los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Que los establecimientos de crédito, que manejan, dentro de las finalidades que le son propias, cuantiosos intereses particulares, sean vigilados por el órgano ejecutivo del poder público, es apenas natural. Los reglamentos legales a los cuales esos organismos deben someterse, expedidos en defensa de los intereses a ellos confiados, deben cumplirse rigurosamente. Y esa precisamente la misión que a la Superintendencia Bancaria corresponde, como delegataria del Jefe del Estado.

Es obvio que para el buen cumplimiento de ese encargo, el Superintendente debe conocer cabalmente el curso de los negocios de los bancos. Ese conocimiento lo obtiene por medio de los informes periódicos que debe solicitar a los establecimientos vigilados y, lo que es más importante, por me-

dio de las visitas que en cualquier momento puede practicar a las Instituciones de crédito, personalmente o a través de sus delegados o Inspectores, que deben rendir al Superintendente las informaciones de que trata el artículo 40 de la ley 45 de 1923, las cuales son reservadas por ministerio de la misma ley.

Y qué fundamento tiene esta reserva?

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, dice el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Es cierto que el derecho público moderno, contra las tendencias que prevalecieron a partir del siglo XVIII, ha venido rectificando su rígido individualismo inicial y no hace ya de la protección a la libertad y a los derechos fundamentales de la persona, la primera y principal finalidad del Estado. Se han sustituido aquellos conceptos por una concepción más amplia, que mira principalmente a la defensa social y limita cada vez más las prerrogativas individuales en beneficio de la comunidad, pero también es cierto que está última tendencia no ha prescindido totalmente, y acaso no pueda prescindir en absoluto, de la defensa, garantía, estímulo y reconocimiento de los derechos esenciales del individuo, célula y fundamento primero de la sociedad. La intervención del Estado en la actividad particular se acentúa día por día. Pero nuestro estatuto fundamental, que combina las dos tendencias, conserva como uno de sus fundamentos estructurales, una serie de garantías, libertades y prerrogativas individuales, no absolutas, pero sí categóricas y reales, que tiene vigencia permanente y para cuya efectividad y defensa están también instituidas las autoridades de la República, como atrás se vió: “. . . para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes. . .” Y esas garantías y prerrogativas individuales se refiere principalmente el Título III de la Constitución Nacional. Ahí se combinan las dos tendencias del derecho público moderno, de que antes se habló.

Para los fines que aquí interesan basta tener presente la disposición constitucional que garantiza la individualidad de la correspondencia y de las cartas y papeles privados (Art. 38), los cuales no podrán ser registrados sino mediante orden de autoridad competente.

Las visitas que a las instituciones bancarias puede y debe practicar regularmente el Superintendente Bancario, personalmente o por medio de sus delegados o inspectores, a fin de comprobar o verificar el cumplimiento que las instituciones vigiladas les están dando a los reglamentos expedidos por motivos de interés público y a los cuales aquellas deban acomodar su actividad, implican necesariamente el conocimiento y examen minucioso de la contabilidad, de la correspondencia y de los demás papeles que constituyan

el archivo del banco y que al tener de los artículos 60 y ss. del Código de Comercio, son papeles y documentos reservados. Esta reserva, establecida por la legislación comercial, no es otra cosa que el desarrollo de principios consagrados en nuestra Constitución, como ya se vió.

Es obvio que si para ejercer cabalmente las funciones de inspección y vigilancia que los numerales 14 y 15 del Art. 120 de la Constitución confieren al Presidente de la República en relación con los institutos bancarios, la Superintendencia Bancaria, a través de lo cual cumple el Jefe de Estado aquellas funciones, ha sido autorizada por la Ley para examinar la contabilidad y demás documentos relacionados con el curso de los negocios del Banco, los informes producidos por los funcionarios de la Superintendencia también deben ser reservados, pues lo contrario dejaría sin vigencia alguna la reserva establecida en el Código de Comercio. Es por eso por lo que el artículo 40 de la Ley 45 de 1923 prohíbe terminantemente hacer públicos los documentos en cuestión, producidos como consecuencia de las visitas practicadas a los establecimientos bancarios.

Pero las garantías consagradas en la Constitución y desarrolladas en la Ley, entre las cuales se encuentra la reserva de la contabilidad y demás papeles de los bancos, no son absolutos. Por lo que hace a esta última, ella cesa por ejemplo, cuando se procede por el trámite judicial de la exhibición, reglamentado en los artículos 283 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Igual cosa puede ocurrir cuando se investiga la comisión de un delito, caso en el cual el funcionario investigador tiene acceso a los papeles privados amparados por la reserva, los cuales pueden llegar a hacerse públicos cuando las diligencias adelantadas por el investigador competente, reciben la calificación legal correspondiente, en virtud de la cual el proceso se convierte en causa pública.

En síntesis, la reserva de la contabilidad y demás papeles privados de los comerciantes (y los bancos lo son por ministerio de claras disposiciones del Código de Comercio en su artículo 20), sólo cesa en los casos expresamente previstos en la ley (Artículo 63 de la obra antes citada). De todo lo cual se refiere que la reserva establecida por la Ley para las actas o informes que los funcionarios de la Superintendencia rinden al Superintendente en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 45 de 1923, como consecuencia que es de la reserva establecida en las disposiciones del Código de Comercio que atrás se mencionaron, no puede levantarse sin violación de éstas.

Y aquí cabe preguntar: En ejercicio del derecho de petición que consagra el artículo 45 de la Constitución Nacional, podría cualquier persona solicitar de la Superintendencia información sobre el contenido de las actas de visita practicadas a los establecimientos bancarios? No, en modo alguno. Ni el ar-

título 45 de la Constitución, antes citado, ni el decreto 2733 de 1959 que desarrolla ese principio, autorizan para ello. Es apenas obvio que si aquello fuera posible, la reserva desaparecería a petición de cualquier ciudadano. El derecho de petición sólo puede referirse a informaciones o datos sobre cuestiones que no sean reservadas de acuerdo con la Constitución o con la ley.

En cuanto se refiere a las Comisiones del Senado y de la Cámara de Representantes y a los miembros del Congreso en particular, ni aquellas ni éstos tienen facultades para conocer informes, datos o papeles que de acuerdo con la ley están amparados por la reserva, como es el caso de la contabilidad y demás documentos privados de los comerciantes.

En primer lugar, la ley tiene carácter general y obliga a todos, inclusive al Congreso y a quienes llevan la investidura de Senadores o Representantes. Y la reserva de que se trata ha sido establecida por la ley como se ha dicho varias veces.

En segundo término, si a las informaciones de los delegados de la Superintendencia pudieran tener acceso las Comisiones o los miembros del Congreso, podría preguntarse: En qué quedaría la reserva establecida por la ley para la contabilidad y demás documentos y papeles de los comerciantes?

Pero a las anteriores razones debe añadirse otra de carácter doctrinario, derivada del principio de separación de los poderes, consagrado en nuestra Constitución y que no es otra cosa que garantía contra el despotismo, al que conduciría fatalmente la reunión de todos los atributos del poder en un solo órgano de él y, como consecuencia y a la postre, en una sola persona. El régimen de derecho tiene en esa separación, uno de sus pilares más firmes.

Los distintos órganos del poder público tienen en nuestra carta fundamental perfectamente definido su campo de acción y determinadas exactamente sus atribuciones o facultades y sus deberes. Y precisamente en virtud de esa separación y de esa delimitación de la órbita dentro de la que cada uno actúa, no le es posible a ninguno invadir el campo propio y natural de los otros. No parece necesario insistir en esta materia, según la cual el ejecutivo, el legislativo y el judicial, si bien deben obrar armónicamente para la realización de los fines del Estado, ninguno de ellos puede arrogarse atribuciones o permitirse intervenciones que competen a uno cualquiera de los otros. El Presidente de la República, Jefe del Estado y el más alto funcionario de la Nación, no puede por ejemplo, dictar sentencias o intervenir ante los funcionarios de la rama jurisdiccional a quienes les corresponda esa misión, para que profieran sus fallos en determinado sentido. Estos son lugares comunes en la ciencia del derecho público.

Sobra esta materia y en relación con las atribuciones de las Comisiones del Congreso, se pronunció esta misma Sala con fecha 25 de febrero de 1974.

De allá se transcriben a continuación algunos conceptos, de evidente importancia para el caso en estudio y que confirman lo antes dicho:

“Ahora, aunque la misma Constitución prescribe que los poderes del Estado colaboran armónicamente, hay zonas por decirlo así propias de cada uno de ellos en los que no pueden dentro de la Constitución y la ley, intervenir los otros poderes. Esto se ve claramente en relación con la rama jurisdiccional, en sus propios asuntos, en aquellos que le están reservados, a pesar de la importancia y prerrogativas del legislativo y del ejecutivo, no pueden estos poderes, para presentar un ejemplo concreto, intervenir en sus fallos. Esa sería una interferencia arbitraria. El legislador, en este campo también, dicta la ley y la obligación del Juez es aplicarla. Si determinados jueces por sus hechos u omisiones violan la ley, el poder legislativo tiene un camino señalado, en último extremo, por la misma Constitución, pero no puede intervenir ni en el proceso ni en el fallo del Juez. Lo mismo se aplica al ejecutivo: su función es gobernar dentro de la ley; la función del legislativo es dictar las pautas dentro de las que se debe gobernar, informarse cómo se está gobernando, pero no intervenir en la acción de gobernar porque ese no es su campo ni esas sus atribuciones. Puede obviamente, cambiar las pautas, o sea las leyes dentro de las que se debe gobernar, pero mientras ellas subsistan, es atribución del gobierno actuar dentro de ellas sin interferencia de los otros poderes”.

Ni el Honorable Senado, ni la Honorable Cámara de Representantes, ni las Comisiones de aquel y de ésta, ni los señores miembros del Congreso en particular (Senadores y Representantes), tienen facultad legal para consultar o conocer los informes que los delegados, inspectores o funcionarios de la Superintendencia Bancaria, deben rendir al señor Superintendente, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Ley 45 de 1923.

Por lo que hace concretamente a las facultades de la Comisión Tercera, cabe observar lo siguiente: El artículo 6º de la Ley 17 de 1930 dice lo siguiente: “En cada una de las Cámaras funcionarán las siguientes Comisiones Constitucionales permanentes, encargadas de dar primer debate a los proyectos de ley referentes a los asuntos de su competencia”. Y el inciso cuarto del mismo artículo dice que la Comisión Tercera conocerá, entre otros asuntos, de los referentes a bancos, créditos y seguros.

Estas Comisiones, creadas con el laudable propósito de estudiar previamente las cuestiones que deben llevarse al debate público para convertirse en leyes, no tienen, como es apenas natural, dentro del principio de la separación de los poderes de que antes se habló, facultades de índole o naturaleza distinta de las que corresponden al cuerpo legislativo, de acuerdo con la Constitución Nacional. Se les ha encomendado simplemente para ordenar el tra-

bajo y lograr los mejores rendimientos por parte del cuerpo legislativo, una labor de estudio previo dentro de la función general que corresponde al cuerpo u organismo del cual hacen parte: adelantar el examen de ciertas cuestiones y trabajar en orden a la expedición de las leyes. Pero sus facultades no permiten en ninguna circunstancia invadir campos o zonas propias de otros órganos del poder público.

Por otra parte, el ordinal 4º del artículo 78 de la Constitución Nacional les prohíbe al Congreso y a cada una de sus Cámaras “exigir al gobierno comunicación de las instrucciones dadas a Ministros Diplomáticos, o informes sobre negocios que tengan carácter reservado”. Y aquí apunta la Sala: no puede remitirse a dudas, ni necesita explicaciones adicionales, que esta prohibición se extiende a las comisiones del Congreso y a cada uno de sus miembros en particular.

Por último, el ordinal 5º del artículo 118 de la Constitución dice que corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso, “dar a las Cámaras Legislativas los informes que soliciten sobre negocios que no derramen reserva”.

De modo que, de acuerdo con las disposiciones constitucionales —se entiende que por ministerio de la Constitución o de la ley—, conservan ese carácter en relación con el Congreso y con cada una de sus Cámaras, lo mismo que con las Comisiones y con los miembros de cada una de ellas. Y esto, en armonía con todo lo antes dicho, es apenas natural. No puede ser de otra manera sin que se viole el principio de la separación de los poderes y sin que pierdan su vigilancia las disposiciones y garantías constitucionales que varias veces se han mencionado a lo largo de este estudio.

De acuerdo con todo lo anterior se contesta al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público:

Ni el Honorable Senado, ni la Honorable Cámara de Representantes, ni las Comisiones de aquél y de ésta, ni los señores miembros del Congreso en particular (Senadores y Representantes), tienen facultad legal para consultar o conocer los informes que los delegados, inspectores o funcionarios de la Superintendencia Bancaria, deben rendir al señor Superintendente, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Ley 45 de 1923.

Queda absuelta en esta forma la consulta formulada a esta Sala por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

PRINCIPALES DOCTRINAS Y CONCEPTOS EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DESDE 1934

Razones para guardar el secreto bancario. La Superintendencia Bancaria de Colombia acoge la tesis de la Chilena

Se trata de estudiar lo relativo a la reserva que deben guardar los bancos sobre el movimiento de los negocios de sus clientes. Este asunto fue examinado y resuelto por la Superintendencia de Bancos de Chile en circular número 93, de 10 de abril de 1929, publicada en el Tomo III de las Circulares de dicha Superintendencia.

Estima este Despacho que lo allí expuesto tiene fundamento en la ley, la equidad y la costumbre mercantil, en tal forma que procede a transcribir lo pertinente de la mencionada circular, como base para resolver la consulta.

“Es un principio general, universalmente respetado, que los bancos deben guardar la más absoluta reserva acerca de los negocios de sus clientes, y que no les es permitido dar conocimiento a terceras personas de las operaciones que celebren con ellos.

“La obligación del secreto bancario no está consagrada por disposición alguna expresa de nuestros Códigos, pero se deriva de todo el sistema legal y es una de las consecuencias del derecho de propiedad... Esta reserva es necesaria particularmente para los comerciantes e industriales, cuyas actividades se desarrollan de ordinario en libre competencia, en la cual el conocimiento que terceros pudieran tomar de sus operaciones puede ser aprovechado fácilmente para obtener ventajas indebidas.

“Por esto el Código de Comercio ha reglamentado minuciosamente los casos en que procede la exhibición o compulsión de los libros que todo comerciante está obligado a llevar”.

En el Código de Comercio colombiano tal reglamentación se encuentra en los artículos 55 a 58, fuera de los casos en que los funcionarios de policía o del ramo criminal puedan practicar inspecciones en tales libros, en ejercicio de las funciones a su cargo.

La circular del Superintendente de Bancos de Chile agrega:

“La Ley General de Bancos ha creado a las empresas bancarias una situación especial con respecto a la Superintendencia Bancaria. Dichas empresas están obligadas a manifestarle, sin limitación alguna, sus libros, documentos y archivos para el único y exclusivo efecto de verificar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Bancos y de las demás leyes aplicables a las instituciones bancarias. El secreto de las operaciones de los bancos desapareció para el servicio de la Superintendencia, a cuyo personal la ley, por otra parte, consecuente con los principios sentados anteriormente, ha impuesto en su artículo 30, en los términos más absolutos, la obligación de guardar el secreto. Los informes que presentan los empleados del servicio tienen, por el mismo artículo, el carácter de secretos o confidenciales”.

Lo que acaba de transcribirse es precisamente aplicable en Colombia, con la única variación de la cita del artículo, que en nuestra legislación corresponde al 40 de la Ley 45 de 1.923.

De acuerdo con lo que precede, la Superintendencia estima que ni los Gerentes ni los empleados de los Bancos pueden suministrar a terceras personas datos o informes relativos al movimiento de las cuentas de determinados clientes, a no ser en los casos de excepción, a saber: en las exhibiciones ordenadas por autoridad competente; a los funcionarios de instrucción y de la justicia penal cuando así lo decretaren ya la Superintendencia Bancaria. (Junio 15 de 1934).

Informes a las autoridades administrativas y de policía. Cuándo no pueden darse

“De acuerdo con la doctrina sostenida invariablemente por la Superintendencia Bancaria, a través de varios años, estimo que no podría ordenarse a los bancos, sin previa autorización de los interesados, el envío de sus extractos bancarios a un Alcalde por indicación del señor Visitador Jefe de Sección de Justicia, por no llenar esa solicitud la totalidad de los requisitos constitucionales prescritos en defensa de la reserva que protege los papeles privados: que el acto sea ordenado por la autoridad mediante orden del funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

El señor Visitador no tiene legalmente la facultad indispensable para ordenar el registro de aquellos extractos, ni del despacho copiado se deduce claramente que se trate de obtener una prueba judicial.

Pero como aparentemente sí es el propósito allegar una prueba a una investigación criminal, el procedimiento adecuado para obtenerla sería, en mi concepto, un auto del Alcalde como funcionario de instrucción, por el cual se decreta la producción de esa prueba. (Enero 21 de 1.941).

Informes a funcionarios oficiales. Cuándo pueden suministrarse

Como norma general, la Superintendencia considera que los establecimientos bancarios deben suministrar a los distintos funcionarios oficiales de la República los datos que pidan en el ejercicio de sus funciones, en cuanto ello no se oponga a la reserva bancaria, y siempre que se hallen en posibilidades de atender las respectivas solicitudes. (Noviembre 5 de 1.936).

El secreto bancario no comprende a los funcionarios fiscales encargados de la recaudación de impuestos

Aunque el secreto en los negocios bancarios es de ética fundamental y debe considerarse como una de las obligaciones implícitas del vínculo jurídico que surge entre el banco y su cliente al celebrar alguna de tales operaciones y a pesar de que la Superintendencia ha sostenido el principio de la inviolabilidad de la reserva bancaria dentro de los términos del artículo 43 de la Constitución que regía hasta este año, considero que el Acto Legislativo número 1 de 1.936 modificó dicho texto de la Carta Fundamental agregando que “para la tasación de impuestos podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos”.

La nueva disposición ha venido, pues, a relevar a los bancos del deber de guardar la reserva respecto de los funcionarios fiscales encargados de la re-

caudación de los impuestos porque no se ve de qué otra manera podría darse plena efectividad al actual precepto constitucional, ya que en muchos casos los informes de los bancos pueden ser el procedimiento más eficaz, o acaso único, de control para las autoridades recaudadoras. (Diciembre 1º de 1.936)

Superintendencia de Cooperativas

“Si el Superintendente Bancario no puede inspeccionar papeles, libros y cuentas de los clientes de los bancos tampoco el Superintendente de Cooperativas puede hacerlo con los clientes de éstas. Los bancos en que las cooperativas tienen sus cuentas asumen la responsabilidad legal si por su parte violan la reserva y suministran extractos de cuentas, datos o informan, a solicitud de la Superintendencia de Cooperativas”.

Secreto o reserva que deben guardar los bancos sobre los negocios de sus clientes. Sus fundamentos jurídicos y éticos.

L

Sobre secreto o reserva bancaria la doctrina de la Superintendencia es copiosa. Tomando pié, principalmente en el artículo 38 de la Carta Fundamental, y en los artículos 56, 57 y 64 del Código de Comercio ha venido considerando a los bancos como titulares del derecho a la inviolabilidad de sus libros y de su correspondencia, consecuentemente ha respaldado el punto de vista de los mismos bancos en cuanto se niegan a suministrar informes, certificados y copias referentes a sus negocios, salvo en lo tocante a mandamientos judiciales legalmente expedidos, a informes solicitados por la rama fiscal relativos a impuestos, o a intervención del Estado. La Ley de Bancos recoge en su artículo 40, tácitamente, el principio doctrinal de la “Reserva Bancaria”, pues considerándolo existente, previene y sanciona las “indiscreciones” de los empleados de la Superintendencia.

Al lado de este derecho existe a cargo de los bancos un “deber de discreción”, que deriva de las relaciones confidenciales existentes entre ellos y sus clientes habituales u ocasionales. Su razón de ser procede del normal ejercicio y se encamina al beneficio de la industria bancaria. Las corporaciones de crédito supone la investigación más o menos profunda y el conocimiento de hechos generalmente incluidos en el sector patrimonial estrictamente privado de la clientela. El secreto de estas informaciones e investigaciones es una de las condiciones del prudente ejercicio de la industria y se configura como una garantía tácita en esta clase de relaciones; el “deber de discreción” jurídicamente constituido resguarda al cliente que de otra manera se retraería del trato con los bancos, a pesar de los graves perjuicios que esto último pudiera depararle. (Marzo 16 de 1953).

RESERVA BANCARIA - DERECHO DE INSPECCION DEL ACCIONISTA

EL ARTICULO 447 DEL CODIGO DE COMERCIO CONSAGRA EL LLAMADO DERECHO DE INSPECCION QUE PUEDEN EJERCER LOS SOCIOS SOBRE LOS DOCUMENTOS ENUMERADOS TAXATIVAMENTE EN EL ARTICULO 446 JUNTO CON LOS LIBROS Y DEMAS COMPROBANTES EXIGIDOS POR LA LEY. ESTE DERECHO ES COMPLEMENTO NATURAL DE LA FUNCION DE APROBAR LAS CUENTAS REFERENTES A LA GESTION SOCIAL QUE CORRESPONDE A LA ASAMBLEA GENERAL Y SI SOLO SE CONCEDE DURANTE LOS QUINCE DIAS HABILES QUE PRECEDEN A LA REUNION ES PORQUE A TRAVES DE LA INSTITUCION DE LOS REVISORES FISCALES SE EJERCE DE MODO PERMANENTE.

Se formuló a esta Superintendencia una consulta en relación con la reserva bancaria y el derecho de inspección.

Concepto publicado en el Boletín de la Superintendencia Bancaria sobre el alcance de la facultad de todo accionista a inspeccionar los documentos que sustentan los informes de que trata el artículo 446 del C. de Co., con la obligación de respetar la reserva.

Debido a la poca feliz interpretación de los textos legales la reserva bancaria se presenta sin claros perfiles. Repetidamente se ha hablado de este asunto como ser un deber de los funcionarios de esta Superintendencia, quienes no pueden hacer público lo conocido en razón de su empleo so pena de ser sancionados con multa por la primera vez y destitución del cargo en caso de reincidencia (Art. 40 Ley 45/23). Sin embargo, ésta no es la reserva bancaria sino la prevención punitiva de una forma especial del abuso de autoridad.

La reserva bancaria, cuyo fundamento está en el derecho a la intimidad documentaria que consagra el artículo 38 de la Constitución Nacional, es algo más que ésta pues no solo se niegan la interceptación y el registro de los documentos sino también la divulgación de su contenido. Esta última faceta delinea el clásico secreto bancario, que aparece entonces como un deber establecido por la costumbre a cargo de los bancos. Definido precisamente como "el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados de no revelar directamente ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o con motivo de la actividad a que están dedicados" (Hernández, citado por Bauche García-diego en Operaciones Bancarias, pág. 361, Porrúa, 1967).

La reserva bancaria es obligación para el banco en cuanto que las infidelidades sobre lo que se mira objeto de discreción puede causar daño a quien confiando en el secreto del banco y por razón de los contratos que realiza con él, ha hecho de su conocimiento ciertos aspectos que no deben ser de libre acceso ni de publicidad, sino cuando así lo dispone la ley o lo faculta el mismo cliente.

A la reserva bancaria, que hace parte de la reserva profesional, están obligados, por ser en este caso el profesional una persona jurídica, la dirección, la administración y los empleados; los primeros, como órganos colectivos, en tal calidad, e individualmente cada uno de sus miembros (accionistas y directores).

El artículo 447 del Código de Comercio consagra el llamado derecho de inspección que pueden ejercer los socios sobre los documentos enumerados taxativamente en el artículo 446 junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley. Este derecho es complemento natural de la función de aprobar las cuentas referentes a la gestión social que corresponde a la asamblea general y si solo se concede durante los quince días hábiles que preceden a la reunión es porque a través de la institución de los revisores fiscales se ejerce de modo permanente.

El derecho de inspección tiene como finalidad el que los accionistas puedan lograr un juicio previo sobre la real situación administrativa y financiera de la empresa, asunto que luego será tema de la reunión asamblearia,

en la que los accionistas darán su opinión con base en lo antes inspeccionado. Así, este derecho de los socios tiene una precisa finalidad de la cual no le es dado desviarse a su titular so pena de indemnizar los perjuicios que cause, conforme a las reglas del abuso del derecho.

Por otra parte, lo que el accionista puede conocer en razón de este derecho también queda uncido al sistema de reserva, tal como le acontece a los

revisores fiscales, quienes tienen obligación de guardar secreto respecto de las informaciones que obtengan (Art. 62 C. Co.). Esto no quiere decir que tal secreto se iguale al hermetismo, puesto que lo conocido puede ser utilizado en la Asamblea General. Así, queda excluída de plano la posibilidad de hacer trascender esas averiguaciones a terceros, ajenos al contrato de sociedad o a la relación contractual particularmente examinada, esto es, ajenos al acto que pueda dar motivo a la inquietud del socio que ejerce su derecho de inspección.

Resta decir que el derecho de inspección no puede ser pretexto para destruir artificialmente el derecho al secreto que tiene el banco y quienes contratan con él.

FACULTADES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

SEGUN SE DISPONE EN EL ARTICULO 63 DEL CODIGO DE COMERCIO —QUE DESARROLLA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL MENCIONADO— UNO DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE LA INVESTIGACION Y EXAMEN DE LOS LIBROS Y PAPELES, ES EL RELATIVO A LA INVESTIGACION DE DELITOS POR PARTE DE LOS JUECES Y FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION CONFORME A LAS REGLAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, AL NO TENER LOS VISITADORES FISCALES TAL CALIDAD, NO PROCEDE EN CONSECUENCIA EL SUMINISTRO DE LA INFORMACION REQUERIDA.

Doy respuesta a su atenta comunicación citada, por medio de la cual consulta a esta Superintendencia si están obligados a responder a la Contraloría General de ...el Oficio No... relacionado con una investigación fiscal administrativa que adelanta esa dependencia en...

Concepto de la Superintendencia Bancaria referente a la inexistencia de funciones de instrucción en los visitadores de la Contraloría que les permita obtener informes cobijados por la Reserva Bancaria (Mayo 21 de 1975).

Sobre el particular le manifiesto que la reserva sobre los negocios de sus clientes por parte de los bancos, no les permite a éstos dar a conocer a terceras personas las operaciones que celebren con ellos. Excepcionalmente y sólo en los casos previstos en la Constitución y en las leyes, el principio de la reserva se supedita a motivos de interés público y se autoriza la investigación de los libros y papeles privados a determinados funcionarios, previo el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Actualmente los visitadores fiscales de la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales no ejercen las funciones de instrucción que le fueron asignadas en el artículo 8 de la Ley 58 de 1946, Decreto 700 de 1947, Decreto 2119 de 1960 y el artículo 66 del Decreto 1358 de 1964, en virtud de la reforma del código de procedimiento penal adoptada mediante Decreto 409 de 1971, que no sólo derogó todas las normas de procedimiento penal sino que estableció en el artículo 312 que “el contralor general, los departamentales, el del distrito especial de Bogotá y los municipales, por sí mismos o por medio de sus agentes pueden intervenir en la formación de sumarios por peculado, para solicitar la práctica de pruebas relacionadas con los hechos, quedando a esto reducida su facultad”.

Según se dispone en el artículo 63 del Código de Comercio —que desarrolla el principio constitucional mencionado— uno de los casos en que procede la investigación y examen de los libros y papeles, es el relativo a la investigación de delitos por parte de los jueces y funcionarios de instrucción conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal, al no tener los visitadores fiscales tal calidad, no procede en consecuencia el suministro de la información requerida.

RESERVA POSTAL Y TELEGRAFICA

Con el ánimo de concretar la respuesta a la inquietud planteada, veamos el comentario que hace el doctor José María Samper (Derecho Público Interno de Colombia, Tomo II pag 96 Biblioteca del Banco Popular) al entonces art. 43 de la Constitución Nacional, correspondiente al 38 de la actual ordenación. Dice el señor Samper:

“Garantías muy preciosas para la correspondencia y la seguridad de los particulares, y para la libertad de la prensa, contiene este artículo; y fue asunto en que se puso particular cuidado, con la mira de obtener una redacción que, sin perjudicar al interés público, asegurase a la correspondencia epistolar y telegráfica la inviolabilidad que ha manester. Así, queda consignado como principio general, que es inviolable la correspondencia confiada a los telegráfos y correos; y si de tal inviolabilidad goza ella con ocasión de unos servicios públicos, con mayor razón habrá de gozarla en lo privado. (subrayo)

La regla admite, sin embargo, una sola excepción que la confirma en cuanto a lo privado: no es lícito interceptar ni registrar cartas ni papeles privados, sino con el único objeto de buscar pruebas judiciales. Y aún esto, que

Concepto emitido por la Superintendencia Bancaria y publicado en el Boletín OJ N° 23 Septiembre 30 de 1976.

está justificado por los fines de la administración de justicia, no es permitido hacerlo, sino con los siguientes requisitos indispensables:

Que lo ejecute la autoridad designada por la ley;

Que medie para ello orden de funcionario competente; y

Que se haga en los términos y con las formalidades legales.

Digna también de aplauso es la garantía otorgada, en la segunda parte del artículo, a la circulación de impresos, en tiempo de paz. Esta circulación podrá ser gravada con impuestos, en todo o en parte, si se hace por medio de los correos (servicio oficial), pero nunca podrá ser prohibida. Con mayor razón ha de ser libre la circulación en tiempo de paz, si los impresos no son confiados a los correos, sino a conductos privados. Se comprende pues que el gobierno está obligado a respetar como sagrada la correspondencia confiada a sus correos”.

Lo anterior significa que la correspondencia confiada a los correos no puede ser interceptada ni registrada sino para buscar pruebas judiciales. De ahí que en materia civil sobre concursos de acreedores el art. 570 del C. P. C. disponga que al concurso de acreedores se aplicarán las disposiciones del proceso de quiebra, y en él podrán decretarse las medidas cautelares correspondientes, haciendo admisible la actividad del numeral 6º del art. 1946 del C. Co. que dice: “El auto que declare la quiebra deberá además ordenar: La retención de la correspondencia dirigida al quebrado y su entrega al síndico”.

Por causa de la misma restricción que venimos nombrando los arts. 372 y 376 del C. P. P. reglamentan la manera como los funcionarios de instrucción deben proceder para detener la correspondencia postal o telegráfica del proceso, y al efecto mandan que la detención y registro debe disponerse por auto motivado, se hará saber a los jefes de las oficinas, y la apertura y lectura la hará el funcionario, por sí mismo en presencia del interesado o de un representante suyo.

De lo visto podemos concluir que así la Administración Postal Nacional colabore en el desarrollo de las actividades bancarias (giros postales y telegráficos) conforme lo dispone el Decreto 1584 de 1974, no por ello esa entidad está obligada a guardar el secreto sobre los documentos a ella confiados por causa de la reserva bancaria, pues ésta se refiere exclusivamente a las instituciones de crédito y a sus auxiliares financieros. El secreto que debe guardar esa Administración es la clásica reserva postal o telegráfica que atiende no al sujeto que ha de representarla sino al objeto protegido con ella (la correspondencia) en tanto que la reserva bancaria mira hacia la entidad que debe guardarla. (Institución de Crédito)

FACULTADES DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO

DE LA INTERPRETACION LOGICA Y ARMONICA DE LAS DISPOSICIONES ALUDIDAS SE PUEDE CONCLUIR QUE LOS INSPECTORES DEL TRABAJO SON FUNCIONARIOS EMINENTEMENTE ADMINISTRATIVOS CUYA PRINCIPAL TAREA CONSISTE EN PROPICIAR EL ARREGLO DIRECTO DEL CONFLICTO LABORAL, Y QUE POR LO TANTO NO TIENEN LA INVESTIDURA JUDICIAL QUE LES HABILITARIA PARA SOLICITAR LA PRUEBA O INFORME A QUE SE REFIERE SU CONSULTA.

Al respecto esta Oficina considera que al Ministerio de Trabajo, de conformidad con el art. 485 del C. S. T., le corresponde vigilar y controlar el cumplimiento de las normas del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones sociales, lo cual realiza a través de los inspectores del trabajo, quienes tienen el carácter de funcionarios de policía y no están facultados para declarar derechos ni definir controversias individuales pues tal aspecto le corresponde a los jueces del trabajo (art. 486 C. S. T.).

El art. 486 del C. S. T. señala las facultades que tienen los funcionarios del Ministerio por cumplir sus funciones y al respecto prescribe: "Podrán

Concepto emitido por la Superintendencia Bancaria y publicado en el Boletín OJ N° 23 de Septiembre 30 de 1976.

hacer comparecer a sus respectivos despachos a los patronos, trabajadores y directivos o afiliados a las organizaciones sindicales para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos, entrar sin previo aviso y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa y en toda oficina y reunión sindical con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorarse de peritos cuando lo crean conveniente para impedir se violen las disposiciones relativas a las condiciones del trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consagrados en ellos”.

Estos inspectores del trabajo en su función de conciliadores están facultados para convocar a los representantes o delegados de los trabajadores y del establecimiento o empresa, para que le suministren todos los datos e informes necesarios para el desempeño de su cometido (art. 438 C. S. T.), debiendo mantener en reserva las informaciones que tuvieren el carácter de confidenciales, sin poder hacer uso público de ello sin previa autorización de quien se los haya suministrado (art. 440 C. S. T.).

De la interpretación lógica y armónica de las disposiciones aludidas se puede concluir que los inspectores del trabajo son funcionarios eminentemente administrativos cuya principal tarea consiste en propiciar el arreglo directo del conflicto laboral, y que por lo tanto no tienen la investidura judicial que les habilitaría para solicitar la prueba o informe a que se refiere su consulta.

No sobra advertir que los inspectores del trabajo podrán solicitar y obtener las informaciones que consideren necesarias para cumplir su cometido, y que el conducto regular para obtenerlas son los representantes de cada una de las partes en conflicto.

Lo antedicho soporta una excepción: la consagrada en el art. 487 C. S. T. que les da a los inspectores del trabajo la calidad de funcionarios de instrucción para los efectos de actividades ilícitas de los organismos sindicales. Como tales, tienen las mismas facultades del juez, y con base en ellas podrán solicitar a las partes o a terceros, dentro de éstos la Superintendencia Bancaria, los datos e informaciones necesarias aun cuando éstos sean confidenciales.

FACULTADES DEL SENADO DE LA REPUBLICA

EN LO QUE A LA CONSULTA SE REFIERE, CONCLUIMOS QUE PARA TODOS LOS CASOS EN QUE EL SENADO ACTUA COMO INSTRUCTOR DEL PROCESO, EN LOS CUALES OBTIENIENDO TIENE LAS FACULTADES DE LOS FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION, ES PERFECTAMENTE VIABLE QUE LOS MIEMBROS DE ESA CORPORACION SOLICITEN LA INVESTIGACION DE UNA CUENTA CORRIENTE DETERMINADA. VALE ANOTAR QUE TAL FACULTAD ESTA PRESENTE CUANDO SE TRATA DE UNA INVESTIGACION PENAL CONTRA LAS PERSONAS ENUNCIADAS EN EL NUMERAL 4º DEL ART. 102 C. N., YA SEA POR DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, CAUSAS POR INDIGNIDAD, MALA CONDUCTA O POR DELITOS COMUNES.

ES POR ESTA RAZON POR LA QUE EL SUPERINTENDENTE BANCARIO PUEDE ORDENAR, COMO LO HA HECHO EN INNUMERABLES OCASIONES, LA INSPECCION DE LAS CUENTAS CORRIENTES DE LOS CLIENTES DE UN BANCO. POR LO TANTO, BIEN SEA A SOLITITUD DE UNO O MAS MIEMBROS DE ESA CORPORACION, A PETICION DE UN TERCERO, O DE OFICIO, ESTA SUPERINTENDENCIA PUEDE INSPECCIO-

Concepto emitido por la Superintendencia Bancaria y publicado en el Boletín OJ N° 23 de Septiembre 30 de 1976.

NAR LAS CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS PARA CONOCER LA CONDUCTA DEL BANCO, LA POLITICA ADOPTADA EN EL MANEJO DE LOS RECURSOS A EL CONFIADOS, LA SEGURIDAD DE SUS OBLIGACIONES, EL CUPO DE CREDITO, LAS DISPOSICIONES SOBRE GARANTIAS, PLAZO MAXIMO DE CIERTOS CREDITOS, ETC.

Sobre el particular, esta Superintendencia se ha planteado diversas hipótesis, en desarrollo de las cuales formula algunos comentarios acerca de la reserva bancaria, útiles para la conclusión final.

El art. 38 de la C. N. consagra en el título de los derechos civiles y garantías sociales el derecho a la inviolabilidad de las cartas y papeles privados que niega a los terceros, desde personas comunes hasta jueces y funcionarios del Estado el conocimiento de tales papeles, salvo, los casos que veremos luego.

En desarrollo de este precepto constitucional, encontramos la reserva bancaria, concepto éste por el cual se niega la interceptación y el registro de los documentos así como la divulgación de su contenido. El secreto bancario es derivación del secreto profesional, cuyo fundamento se encuentra en la relación de confianza que surge entre el cliente y el banco. Aparece entonces el secreto bancario como un deber a cargo de los bancos, consistente en “no revelar directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o con motivo de la actividad a que están dedicados”. (Hernández, citado por Bauche García Diego en Operaciones Bancarias, pág. 361 Porrúa 1967).

La obligación que tiene el banco de no dar publicidad sobre información a que tiene acceso en desarrollo de su actividad profesional, resulta evidente si se tienen en cuenta los perjuicios que puede sufrir el cliente con la divulgación de ciertos aspectos que no deben ser de libre acceso al público y que el usuario ha dejado conocer al banco por la relación de confianza a que nos referimos anteriormente. A esta reserva también están obligados la dirección, la administración y los empleados del establecimiento bancario.

Es por todo lo anterior que la reserva bancaria solo puede levantarse cuando así lo disponga la ley o cuando el cliente voluntariamente acceda al conocimiento de los terceros.

Si analizamos el art. 38 C. N. encontramos que ese principio de inviolabilidad de las cartas y papeles privados no es un principio absoluto, sino que soporta tres excepciones, que son:

1. La búsqueda de pruebas judiciales.
2. La tasación de impuestos.
3. La efectiva intervención del Estado.

En desarrollo del precepto constitucional citado, encontramos que el art. 63 del C. Co. faculta a los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del Poder Público, para ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los siguientes casos:

1. Para la tasación de impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones.
 2. Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común.
 3. En la investigación de delitos, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.
 4. En los procesos civiles conforme a las normas del C. P. C.
- A) Sobre la primera excepción que nombra la Carta Fundamental observamos:

1. El proceso civil:

Con el objeto de esclarecer la verdad de los hechos que se aleguen dentro del proceso, la ley civil faculta al juez para valerse no solo de los medios de prueba en ella enunciados sino de cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación de su convencimiento (art. 175 C. P. C.) con la misma finalidad del capítulo octavo, título 13, libro 2º del C. P. C. regula en los arts. 283 y Ss. todo lo relacionado con la exhibición de documentos privados. En estas normas se faculta el juez civil para ordenar bien sea de oficio o a petición de parte la exhibición de los libros y papeles del comerciante que tengan relación necesaria con el objeto del proceso (art. 288 C. P. C.).

Dentro de los medios de prueba enunciados en el art. 175 C. P. C. encontramos la **inspección judicial**, la cual consiste en el exámen que puede hacer el juez de personas, lugares, cosas o documentos para verificar o esclarecer los hechos materia del proceso.

Dispone el art. 287 del C. P. C. que cuando la exhibición de documentos privados haya de practicarse con una inspección judicial, se aplicarán las reglas relativas a este medio de prueba.

Como puede verse solo por esta vía se hace posible la inspección de una cuenta corriente bancaria por el juez civil, para lo cual deberá regirse, por los arts. 244 C. P. C. y por las disposiciones generales que el mismo código establece sobre la exhibición de documentos privados.

2. El proceso laboral:

El Capítulo XII del C. P. L. señala que en el proceso laboral, son admisibles todos los medios de prueba establecidos por la ley civil; y establece el principio de inmediación consistente en la necesidad de que el juez practique personalmente las pruebas o comisiones a otro juez cuando por razón del territorio no le fuere posible dicha práctica (art. 52 C. P. L.) También en esta materia el juez laboral puede decretar, además de las pruebas pedidas, todas aquellas que a su juicio resulten indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos (art. 54 C. P. L.).

En razón de estas facultades y de la remisión expresa del procedimiento laboral al procedimiento civil en cuanto a los medios de prueba, encontramos que los jueces de trabajo, también están facultados para pedir la exhibición de los documentos privados que interesen al proceso, y para practicar la inspección judicial sobre los mismos.

En esta materia resalta lo dispuesto en el art. 486 del C. S. T., que con el objeto de impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo, a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, y del derecho de libre asociación sindical, faculta a los funcionarios del Ministerio de Trabajo para hacer comparecer a los patronos, trabajadores y directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, para exigirles toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos, entrar sin previo aviso y en cualquier momento mediante su identificación como tales en toda empresa o en toda oficina o reunión sindical, con el mismo fin, y ordenar las medidas preventivas que considere necesarias. . .”

3. El proceso administrativo:

En razón de que el Código Contencioso Administrativo no tiene norma expresa que señale qué medios valdrán como prueba tanto en el proceso ordinario como en los juicios especiales de que hablan los arts. 140 y Ss. de ese código, conforme a lo dispuesto por el art. 182 ibídem se tendrán como tales los mismos medios probatorios que aparecen relacionados en el art. 175 C. P. C. y dentro de éstos la inspección judicial, con las mismas características y facultades de que hablamos anteriormente.

4. El proceso penal:

Para tener certeza sobre el cuerpo del delito, el funcionario de instrucción deberá practicar todas las investigaciones que resulten necesarias para llegar a la verdad sobre los hechos materia del proceso, vemos aquí cómo las facultades del funcionario de instrucción son tan amplias como lo requiera el hecho objeto de la investigación.

Por esta razón los arts. 372 y Ss. C. P. P. señalan que el funcionario de instrucción puede ordenar la detención de la correspondencia privada postal o telegráfica que el procesado reciba o remita, puede disponer la interceptación de comunicaciones telefónicas, el registro de personas cuando haya motivo para creer que ocultan objetos importantes para la investigación, así como puede ordenar a toda persona que tenga en su poder objetos o papeles que puedan servir para la investigación, que los exhiba y entregue al funcionario instructor.

A su vez el art. 48 del C. P. P. señala quienes son funcionarios de instrucción, dentro de los que aparece el Senado de la República en los casos determinados por la Constitución. Concretamente, los numerales 4 y 5 del art. 102 C. N. señalan que son funciones de la Cámara de Representantes: "acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales o legales, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros del Estado" y "conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Procurador General de la Nación o por particulares, contra los expresados funcionarios, y si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado". En estos casos, el Senado, por sí o por medio de una comisión de su seno, instruirá el Sumario hasta decidir si hay mérito o no para llamar a juicio (art. 607 C. P. P.). Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema. (numeral 4º art. 97 C. N.; inc. 3º art. 607 C. P. P.)

En lo que a la consulta se refiere, concluimos que para todos los casos en que el Senado actúa como instructor del proceso, en los cuales obviamente tiene las facultades de los funcionarios de instrucción, es perfectamente viable que los miembros de esa Corporación soliciten la investigación de una cuenta corriente determinada. Vale anotar que tal facultad está presente cuando se trata de una investigación penal contra las personas enunciasadas en el num. 4º del art. 102 C. N. ya sea por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, causas por indignidad, mala conducta o por delitos comunes.

5. Policía Judicial:

El art. 48 C. P. P. señala que también son funcionarios de instrucción las autoridades de policía en los asuntos de su competencia; los cuales conforme al tenor del art. 38 del mismo ordenamiento son:

1. Las contravenciones.
2. Delitos de lesiones personales cuando la incapacidad no exceda de quince días. (art. 372 C. P.)
3. Delitos contra la propiedad, reprimidos con arresto o prisión cuando la cuantía no sea superior a quinientos pesos.

En todos estos procesos en que por razón de la naturaleza del hecho la autoridad competente para conocer de los mismos es la policía judicial, organismo éste, que constituye un cuerpo auxiliar de la rama jurisdiccional del Poder Público, ella tendrá las mismas facultades que los demás funcionarios de instrucción, excepto cuando acometa el conocimiento del hecho por motivo consagrado en el literal c) del art. 289 C. P. P. en cuyo caso deberá enviar al funcionario de instrucción correspondiente las diligencias preliminares que haya efectuado, conforme a la reglamentación que para el efecto expidan las salas penales de los tribunales superiores del Distrito Judicial.

Los arts. 293 y 294 del C. P. P. señalan como atribuciones preferenciales de la policía judicial, actuar en la indagación preliminar y como auxiliar del funcionario de instrucción o del agente del ministerio público respecto a los hechos que den lugar a la configuración de los delitos tipificados en los títulos, I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X y XI del Libro Segundo del C. P.

Por otra parte, en casos excepcionales y atendiendo a las necesidades de la administración de justicia y a las disponibilidades de la policía judicial, podrá la Procuraduría General de la Nación en casos concretos, modificar las funciones a que nos acabamos de referir. (art. 295 C. P. P.)

6. Ministerio Público:

Por último es conveniente anotar que la vigilancia judicial corresponde al ministerio público. Por esta razón, el Procurador General de la Nación por sí mismo o por medio de un funcionario que designe al efecto, podrá intervenir en cualquier proceso criminal asumiendo la función propia del "Ministerio Público" y desplazando así al agente ordinario. En este caso el Procurador o un delegado ejercerán todas las funciones que le corresponden como representante de la sociedad, dentro de las cuales está la de solicitar la práctica de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad de los

hechos, una de las cuales bien puede ser la exhibición de documentos privados. (art. 27 L. 25/74, arts. 89 y 106 D. 250/70, Título III Libro I C. P. P.)

B) Tasación de Impuestos:

En virtud de lo dispuesto por el Decreto extraordinario 1771/75 las respectivas secciones de liquidación y las de auditoría de las administraciones de impuestos nacionales, son las competentes a prevención para practicar la liquidación de que trata el D. 2821/74. Para tal efecto, pueden requerir información de todas las personas naturales y jurídicas residentes o domiciliadas en el país.

Por esta misma razón, la Administración de Impuestos Nacionales dispone de un amplio y constante cruce de informaciones de fuente oficial y privada provenientes estas últimas de las declaraciones de renta y patrimonio de los contribuyentes, de la declaración simplificada de quienes según el art. 2º D. 2821/74 no son contribuyentes, y de los informes que a partir de determinada cuantía deben rendir los bancos periódicamente sobre los depósitos de sus cuenta-habientes.

Por causa de esta última fuente de información de que dispone la Administración de Impuestos Nacionales (Resoluciones 447/60 y 002/73 Dirección de Impuestos Nacionales), se generó para los bancos la obligación de suministrar a los administradores de impuestos los siguientes datos:

1. Una relación nominativa de sus depositantes en cuentas corrientes, depósitos a término y depósitos de ahorro, señalando la cuantía exacta de tales depósitos en 31 de Diciembre del año inmediatamente anterior siempre que el monto de los saldos sea o exceda de \$ 40.000.
2. Los saldos en cuenta corriente o en depósitos a término de todos aquellos contribuyentes que las entidades señaladas en el art. 3º de la Resolución 447/60 de la División de Impuestos Nacionales indiquen concretamente, con nombre completo, documento de identificación y dirección.
3. Una relación de los cheques de gerencia cuya cuantía sea o exceda de \$ 30.000 adquiridos por personas naturales o jurídicas en los meses de Noviembre y Diciembre pendientes de pago en 31 de Diciembre e indicando el valor del cheque y el nombre y apellidos del beneficiario.
4. Relación de los deudores, identificándolos y señalando la cuantía de los préstamos individuales o conjuntos siempre que sean superiores a \$ 50.000.

C) La efectiva intervención del Estado:

El art. 120 C. N. numerales 14 y 15 señala como funciones del Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa:

“14. Ejercer como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado;”

“15. Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes”.

En desarrollo de este precepto ciertas oficinas del Estado, como las Superintendencias concretan tal intervención (art. 4º D. 1050/68). Nos referimos únicamente a dos de ellas: La Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Bancaria.

1. Superintendencia de Sociedades:

El Presidente de la República ejercerá por medio de la Superintendencia de Sociedades la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales no sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, con el objeto de que se ajusten a las disposiciones legales y de que cumplan normalmente sus propios estatutos. Para ejercer efectivamente ese control, se regirá por las normas que para el efecto consagra la ley, principalmente el Título II del Libro II C. Co.

2. Superintendencia Bancaria:

La Superintendencia Bancaria ejerce funciones de inspección y vigilancia sobre el Banco de la República, establecimientos bancarios y de crédito, compañías de seguros, sociedades de capitalización, almacenes generales de depósito, fondos ganaderos, fondos de inversión, bolsas de valores, intermediarios financieros, etc. Para ello dispone entre otras, de las facultades que le confieren las Leyes 45/23, 57/31, el art. 63 numeral 2 del C. de Co. y el Título II del Libro II C. de Co.; dentro de las cuales se encuentra la de ordenar de oficio la presentación o exámen de los libros y papeles de las entidades sometidas a su control.

Es por esta razón por la que el Superintendente Bancario puede ordenar como lo ha hecho en innumerables ocasiones, la inspección de las cuentas corrientes de los clientes de un banco. Por lo tanto, bien sea a solicitud de uno o más miembros de esa Corporación, a petición de un tercero, o de oficio, esta Superintendencia puede inspeccionar las cuentas corrientes bancarias para conocer la conducta del banco, la política adoptada en el manejo de los recursos a él confiados, la seguridad de sus operaciones, el cupo de crédito, las disposiciones sobre garantías, plazo máximo de ciertos créditos, etc.

En este caso, la facultad para tal examen está contenida en el art. 38 C. N. y su ejercicio debe ceñirse a la discreción y reserva a que se refiere el art. 40 de la Ley 45/23, el art 6º del Decreto 2400/68 y el art. 283 C. de Co.

FACULTADES DE LA POLICIA JUDICIAL

Sobre el particular, me permito manifestarle que de conformidad con el art. 38 de la Constitución Política de Colombia, las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley con el único objeto de buscar pruebas judiciales, efectuar la tasación de impuestos, o permitir la efectiva intervención del Estado.

Acorde con lo anterior, los arts. 61 a 67 del C. de Co. son reflejos armónicos de las garantías sociales que la Constitución brinda para la reserva de los papeles y libros del comerciante.

Cabe formular el siguiente interrogante: Cuándo los funcionarios de las ramas jurisdiccional o ejecutiva del Poder Público, pueden ordenar la presentación o examen de libros o papeles del comerciante? El art. 64 C. de Co. resuelve la pregunta al enumerar taxativamente cuatro casos, a saber:

1. Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones.

Concepto emitido por la Superintendencia Bancaria y publicado en el Boletín OJ N° 23 de Septiembre 30 de 1976.

2. Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común.
3. Para la investigación de delitos, conforme a las **disposiciones del Código de Procedimiento Penal**. (subrayo)
4. En los procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en cuanto a la Policía Judicial se refiere, encontramos que el art. 282 del C. P. P. la define como un cuerpo auxiliar de la rama jurisdiccional del poder público, cuya vigilancia y coordinación corresponden a la Procuraduría General de la Nación.

La Policía Judicial está integrada por personal especializado de la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad Nacional. Según el D. 2347/71, el primero de estos cuerpos, dispone de un Departamento de Servicios, al que pertenece la División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal -Sipec- antiguamente designada con la sigla F-2. De esta manera no cabe duda de que el Sipec también integra la Policía Judicial y que solo queda por averiguar la extensión de sus facultades para definir el punto objeto de este oficio.

El art. 48 del C. P. P. al determinar quiénes son funcionarios de instrucción, señala en el N^o 7 que esa calidad la tienen “las autoridades de policía en los asuntos de su competencia”, la que al tenor de lo dispuesto en el art. 38 del mismo ordenamiento, modificado por el art. 6^o de la Ley 17/75, recae sobre las contravenciones, los delitos de lesiones personales en los casos del art. 172 C. P. siempre que la incapacidad no exceda de quince días, y no produzca otras consecuencias, y los delitos contra la propiedad sancionados con arresto o prisión, cuando la cuantía no sea superior a \$ 1.000. Conforme a lo anterior, tenemos que una es la autoridad de policía y otra la policía judicial. La primera puede acometer la instrucción de procesos por infracciones que sean de su competencia; la segunda, es cuerpo técnico auxiliar, que no conoce de infracción alguna sino que colabora con los funcionarios de instrucción. Así las facultades de uno y otro cuerpo son distintas. La policía es instructor propio (numeral 7^o, art. 48 C. P. P.) y la policía judicial su auxiliar. Por esta razón, la primera puede ordenar la detención de la correspondencia privada, postal o telegráfica que el procesado reciba o remita, disponer la interceptación de comunicaciones telefónicas, el registro de personas cuando haya motivo para creer que ocultan objetos importantes para la investigación, y ordenar a toda persona que tenga en su poder objetos o papeles que puedan servir para la investigación, que los exhiba y entregue al funcionario instructor; la segunda entidad, la Policía Judicial, ya que no tiene igual misión que la primera, solo puede realizar las tareas que señala el art. 289 C. P. P.

Todas estas facultades armonizan con lo dispuesto en la primera parte del art. 38 C. N. y suponen que tal actividad se refiere a un caso particular y concreto, que justamente es aquel sobre el cual recae la instrucción. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que también es posible que el Sipec adelante diligencias de indagación preliminar (Literal a, art. 289 C. P. P. y art. 2º Ley 17/75), en cumplimiento de las órdenes que le imparten los magistrados, jueces y agentes del ministerio público. En estos casos, la policía judicial también es auxiliar del funcionario instructor, (arts. 289, 291, 293, 306 C. P. P.) y actuará, como en los demás, bajo sus ordenes (art. 292 C. P. P.).

A manera de síntesis puede anotarse que el Sipec forma parte de la Policía Judicial, que en ningún caso actúa como funcionario de instrucción sino que en todos los eventos es auxiliar de otros instructores. Por esta circunstancia las facultades de esa entidad se contraen a las diligencias que le hayan sido encomendadas puesto que la aptitud de instrucción está radicada en otro funcionario distinto y la policía judicial es tan sólo colaboradora de aquel, quien por ser el titular propio de esa investidura es el competente para ordenar las indagaciones, pruebas técnicas y demás prácticas que le permiten comprobar el delito y demás circunstancias que se relacionen con sus autores o partícipes, así como los perjuicios ocasionados con la infracción.

Por este motivo, si bien es posible que en algunos casos el Sipec intervenga en la exhibición y entrega de ciertos documentos privados, la procedencia de tal práctica está sujeta a dos condiciones fundamentales, consistentes en que haya orden del funcionario instructor y en que tales objetos o papeles puedan ser útiles para esa averiguación. En este orden de ideas es posible afirmar que el Sipec no tiene facultades para disponer la exhibición o entrega genérica de cualquier tipo de documentos, como serían vgr. los libros de contabilidad de todos los comerciantes, la correspondencia de todas las empresas, etc.

FACULTADES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

EL BANCO ESTA OBLIGADO A CONSERVAR EL SECRETO ACERCA DE LOS HECHOS DE QUE TENGA CONOCIMIENTO EL BANQUERO EN EL EJERCICIO DE SU PROFESION Y EN CUYA RESERVA TENGA INTERES EL CLIENTE BIEN SEA EN RAZON DEL PERJUICIO ECONOMICO QUE SE LE PODRIA DERIVAR POR CAUSA DE QUE LOS TERCEROS TUVIERAN CONOCIMIENTO DE ESOS DATOS, O BIEN POR UNO U OTRO MOTIVO EL MANIFIESTE AL BANCO SU VOLUNTAD DE QUE ESTOS SEAN CONFIDENCIALES.

CREEMOS, POR CONSIGUIENTE, QUE ANTE UNA PROHIBICION CONSTITUCIONAL Y EL HECHO INDUDABLE DE QUE LA PROCURADURIA NO FORMA PARTE DE LA RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PUBLICO, NO ES DABLE A TAL ORGANO SOLICITAR A UN BANCO EL CONOCIMIENTO DE LOS DATOS SUJETOS A LA RESERVA BANCARIA, PUES CON ANTELACION A LA APERTURA DE UN PROCESO LAS PRUEBAS QUE SE PRACTIQUEN NO SON PRUEBAS JUDICIALES.

Concepto de la Superintendencia Bancaria sobre la Reserva Bancaria, documentos sujetos a ella, y funcionarios oficiales con facultad para exigir su levantamiento, especialmente frente a la Procuraduría General de la República (Octubre de 1976).

Gustosamente procedemos a hacer algunas anotaciones útiles para absolver su consulta de julio 13 del presente año, relacionada con el tema de la reserva bancaria, sobre la cual en varias ocasiones esta Superintendencia ha expresado:

“Por la reserva bancaria se niegan la interceptación y el registro de los documentos que obran en poder del banco así como la divulgación de su contenido. Este secreto bancario aparece como el deber que tienen los bancos de guardar la discreción debida sobre los datos de sus clientes que lleguen a conocer en razón de su profesión u oficio. Tal obligación surge de la relación de confianza que debe existir entre banco y cliente, por cuanto para este último pueden derivarse inmensos perjuicios con la divulgación de ciertos aspectos que por razones comerciales y personales no deben ser de libre acceso al público”. (OJ. 288 — agosto 72/76).

Esa reserva tiene su fundamento legal en el artículo 38 de la C. N., el cual garantiza la inviolabilidad de las cartas y papeles privados salvo en los casos excepcionales que el mismo artículo señala:

- I La búsqueda de pruebas judiciales
- II La tasación de impuestos
- III La efectiva intervención del Estado

Por otra parte el artículo 63 del C. Co. en desarrollo del precepto citado dispone que los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los casos siguientes:

1. Para la tasación de impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones.
2. Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común.
3. En la investigación de delitos conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, y
4. En los procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Como vemos, este principio de inviolabilidad de cartas y papeles privados no es un principio absoluto; está sometido a algunas excepciones en aras a salvaguardar el interés público en razón de la primacía que este tiene sobre el interés particular.

Se contrae su consulta a:

1. Cuáles son los documentos que obran en poder del banco, alusivos a su clientela, sujetos al concepto del secreto profesional bancario.
2. Cuáles son los funcionarios oficiales capacitados legalmente para exigir el levantamiento del secreto bancario y por lo mismo ordenar la inspección de documentos de terceros, clientes de establecimiento bancario, y si concretamente un contador visitador de una Procuraduría Delegada puede solicitar tal levantamiento.

En el mismo orden procedemos a resolver los interrogantes planteados por usted:

1. En cuanto al punto primero:

Sería una tentativa inútil pretender hacer una enumeración de todos aquellos casos en que el banco está obligado a guardar el secreto profesional, en razón del sinnúmero de relaciones que a diario surgen entre los establecimientos bancarios y sus clientes. Sin embargo podemos decir que en general el banco está obligado a conservar el secreto acerca de todos los hechos de que tenga conocimiento el banquero en el ejercicio de su profesión y en cuya reserva tenga interés el cliente bien sea en razón del perjuicio económico que se le podría derivar por causa de que los terceros tuvieran conocimiento de esos datos, o bien porque por un motivo él manifieste al banco su voluntad de que estos sean confidenciales.

El deber de discreción subsistirá para el banco, en todo momento, y sólo terminará cuando sea él mismo quien consienta expresamente en la divulgación, o por causa de las excepciones que consagra la ley para que se hagan públicos.

2. En cuanto a quiénes son los funcionarios facultados para exigir el levantamiento del secreto bancario encontramos que de acuerdo con las excepciones que ya vimos consagran el artículo 38 C. N. y el artículo 63 C. Co., tales funcionarios son:

2.1. Todos los jueces sin importar su categoría y sin diferenciar de qué tipo de proceso se trate: pues están facultados para solicitar ese tipo de información siempre que la misma tenga por objeto la búsqueda de pruebas judiciales dentro de un caso concreto.

En este punto cabe entrar a analizar si el Procurador General de la Nación está facultado para pedir ese tipo de información en virtud de las correspondientes funciones y facultades que le señalan la constitución y demás normas complementarias.

En primer lugar el título XIV de la C. N. sobre el Ministerio Público dice que este será ejercido bajo la suprema dirección del gobierno, por el Procurador General de la Nación, y señala como funciones el defender los intereses de la Nación, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social.

El Ministerio Público alcanza la vigilancia de la totalidad de los actos oficiales en todos los órganos del Estado, según las esferas y la jurisdicción. Su actividad se extiende a los actos de la rama judicial y más aún su supervisión comprende la vigilancia de la conducta oficial de los funcionarios del Estado, para que se ajuste a las autorizaciones que les ha conferido expresamente la ley.

Amplias y variadas son las funciones que ejerce el Ministerio Público en la vida institucional de un país pues abarcan prácticamente todos los aspectos de la organización estatal en el campo de su actuación procesal donde se encuentran localizadas la gran mayoría de sus funciones. Por mandato de la ley los agentes fiscales intervienen en procesos penales, civiles, laborales, administrativos, etc. pero sin lugar a duda es el proceso penal el campo más apropiado para la eficaz intervención del Ministerio Público en defensa de la sociedad, pues en él toma parte activa en su iniciación, desarrollo y culminación bien sea como gestor principal de la acción penal, ya como representante del Estado y colaborador de la justicia en la recta aplicación de las leyes, como representante de la sociedad o como vigilante de los funcionarios del Estado ante quienes directa o indirectamente ejerce su misión.

En concordancia con lo anterior y con las disposiciones constitucionales, el Título III del Libro I del C. P. P. señala al Ministerio Público como una de las personas que intervienen en el proceso penal y se le señala como representante de la sociedad dentro del referido proceso el procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa, y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. En cumplimiento de esos deberes del Ministerio Público pedirá la práctica de pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad, la detención o la libertad del procesado cuando sean pertinentes y, en general, intervendrá en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal. Como vemos, todas estas facultades, entre ellas la de solicitar la práctica de pruebas, están circunscritas a que tal actuación se realice dentro de un proceso penal; lo cual, por otra parte, concuerda con la interpretación que, a nuestro modo de ver, debe darse al término "pruebas judiciales" utilizado por el artículo 38 de la carta fundamental.

En efecto, es conveniente precisar el alcance de este término con el objeto de establecer si es factible que la Procuraduría General de la Nación so-

licite informes a un banco sobre los datos que este tiene en su poder, relativos a sus cuentacorrentistas y cuyo objeto es obrar como medio de prueba en un proceso disciplinario administrativo, procesos estos que se derivan de la vigilancia administrativa, la cual es ejercida por el Procurador General de la Nación por intermedio de un procurador delegado (Art. 14 Dec. 521/71) y cuya finalidad consiste en establecer si la conducta de los empleados públicos constituye tan sólo una falta disciplinaria, en cuyo caso tendrá una sanción disciplinaria administrativa; o si, por el contrario, de dicho proceso se concluye que el funcionario incurrió en una conducta tipificada como delito, la Procuraduría pasará el asunto al Juez competente quien iniciará a su vez el correspondiente proceso penal.

Si interpretamos el término "Pruebas Judiciales" como "todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al Juez el conocimiento o certeza sobre los hechos" (1) nos encontraríamos con que el supuesto para hablar de prueba judicial debe reunir dos requisitos:

1. Que haya proceso
2. Que se adelante ante un Juez

Lo cual nos llevaría a concluir que si bien el proceso disciplinario administrativo llena el primero de tales requisitos, no así el segundo por cuanto en ningún momento puede pensarse que la Procuraduría General de la Nación sea un Juez.

A nuestro entender, sólo en el caso de que haya de por medio un proceso ya sea laboral, administrativo, penal etc., puede el Ministerio Público pedir la práctica de pruebas, pues es esto lo que se concluye de lo dispuesto por el artículo 102 C. P. P., el cual, al fijar los medios de que dispone el Ministerio Público para cumplir sus funciones, se refiere a todas las diligencias y actuaciones del proceso penal.

Creemos, por consiguiente, que ante una prohibición constitucional y el hecho indudable de que la Procuraduría no forma parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, no es dable a tal órgano solicitar a un banco el conocimiento de los datos sujetos a la reserva bancaria, pues con antelación a la apertura de un proceso las pruebas que se practiquen no son pruebas judiciales.

A nuestro modo de ver, en el caso de que los medios de prueba que obren en el proceso disciplinario administrativo sean insuficientes para establecer si la conducta del funcionario público fue o no delictuosa, la actuación del Ministerio Público debe consistir en formular la correspondiente denuncia ante el Juez Penal, y ya una vez iniciado el proceso, sí podrá solicitar

(1) Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, t. II, 1972.

la práctica de todas las pruebas que considere necesarias para esclarecer la verdad de los hechos, en uso de las atribuciones que le confieren el título III del libro I del C. P. P. y demás normas concordantes.

Lo anterior no sufre mengua por causa de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 4º de la Ley 83 de 1936 que faculta a la Procuraduría General de la Nación para "...visitar también las empresas particulares cuando su funcionamiento está relacionado con el interés social", pues tal facultad ha de desarrollarse dentro del ámbito que corresponde al organismo que la practica; esto es, tal aptitud no extiende las facultades de la Procuraduría General de la Nación más allá de lo que la Constitución Nacional previene sobre la reserva de los libros y papeles, sino que la habilita para exigir de tales empresas el concurso necesario a fin de cumplir sus tareas sin que por tal causa le esté permitido obligar a aquellas a renunciar al derecho de reserva que la Constitución les brinda, ni a quebrantar el secreto profesional que les cobija.

En contra de esta opinión, en Oficio DP-142 del 30 de junio de este año el Procurador General de la Nación expresa que: "...el enunciado del artículo 61 del Código de Comercio determina la prohibición para examinar libros y papeles del comerciante a personas distintas de sus propietarios o de las autorizadas legalmente para ello. Pero como quiera que la Procuraduría se encuentra autorizada para investigar esos documentos según el artículo 4º de la Ley 83 de 1936, el precepto del C. Co. no contradice sino que ratifica la competencia de la Procuraduría. Es más, el inciso 2º del mentado artículo 61 establece que no hay restricción al derecho de inspección que sobre libros y papeles privados de comercio confiere la ley a quienes cumplen funciones de vigilancia".

Este Despacho no comparte la respetable opinión antes transcrita por cuanto a nuestro modo de ver el artículo 61 C. Co. es bien claro al disponer que los documentos a que nos venimos refiriendo pueden ser examinados por personas distintas de sus propietarios para los fines indicados en la Constitución Nacional, a los que tantas veces hemos hecho referencia. De esta manera, personas o entidades que no tengan por destino efectuar la tasación de impuestos, la intervención del Estado o la búsqueda de pruebas judiciales, están excluidas de la excepción y por tanto alejadas de los libros y papeles de los particulares.

En este orden de ideas cuando el inciso 2º del artículo 61 C. Co. advierte que la restricción sentada en el inciso 1º no comprende a quienes cumplen funciones de vigilancia o auditoría en las sociedades mercantiles, únicamente se está refiriendo a las tareas del revisor fiscal según se desprende de lo previsto en los artículos 62, 207 y 214 del mismo Código. Así, los tribunales, las autoridades tributarias y los cuerpos que a nombre del Estado ejer-

cen intervención y vigilancia, hallan la base de sus facultades en el inciso 1º del mismo artículo, en una de cuyas fracciones se hace remisión al artículo 38 de la Carta Fundamental.

Los criterios que inspiran el artículo 61 del Código de Comercio son los que expuso la Comisión Revisora de 1958 sobre el artículo 177 del Proyecto de esa época, los que confirman el aserto anterior y por su claridad nos eximen de cualquier comentario. Dice la Exposición de Motivos que lo allí dispuesto ratifica dos principios:

“a) Reafirmación de la idea de que la reserva de los libros de contabilidad constituye la regla general y que los casos en que tales libros pueden ser examinados son verdaderas excepciones (Art. 177). Esto es especialmente importante, toda vez que ello quiere decir que esas excepciones han de ser interpretadas de manera restrictiva. Por eso mismo se consagra la prohibición de examinar los libros de contabilidad por personas distintas de sus propietarios o empleados facultados para ello, si no es por orden de autoridad competente y en los casos taxativamente enumerados en el proyecto (artículos 177, 180, 181 y 182). Fuera de estos casos, no está permitido el examen de tales libros, ni siquiera para efectos de saber si el comerciante cumple, o no, la obligación de llevar regularmente sus libros (Art. 179)”

“b) Determinación taxativa de los casos en que puede ordenarse de oficio la exhibición o presentación de los libros de un comerciante, que son los siguientes: para efectos de verificar la exactitud de las declaraciones de renta, por parte de la jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y de los Administradores de Hacienda Nacional; para ejercer la supervigilancia encomendada al ejecutivo sobre las instituciones de utilidad común y sobre las sociedades comerciales, por parte de los funcionarios correspondientes; para la investigación de delitos por parte de los jueces y funcionarios del ramo penal; para el establecimiento de hechos que son objeto de investigación dentro de los juicios de quiebra, por parte de los jueces competentes; y en forma de auto para mejor proveer, por parte de los tribunales y jueces comunes, en las controversias contra comerciantes o entre éstos. Fuera de estos casos cualquier exhibición de los libros de contabilidad tiene que ser ordenada por los jueces o tribunales, “a petición de parte legítima y conforme a las reglas de procedimiento comercial o civil (Art. 181)” (Proyecto de Código de Comercio, elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio, Tomo II, Págs. 55 y 56; Bogotá, julio de 1958).

2.2. Dentro del proceso penal, con el objeto de tener certeza sobre el cuerpo del delito, el funcionario de la instrucción deberá practicar las investigaciones que resulten necesarias para llegar a la verdad sobre los hechos materia del proceso. Estas facultades del funcionario de instrucción son tan amplias co-

mo lo requiere el hecho objeto de la investigación y por tal motivo los artículos 372 y siguientes del C. P. P. lo facultan para ordenar la detención de la correspondencia privada, postal o telegráfica, que el procesado reciba o remita, el registro de personas cuando haya motivo para creer que ocultan objetos importantes para la investigación, así como también puede ordenar a toda persona que tenga en su poder objetos o papeles que puedan servir para la investigación que los exhiba y entregue al funcionario instructor. Son funcionarios de instrucción los que aparecen señalados en el artículo 48 C. P. P. a saber:

- a) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que integran la Sala Penal;
- b) Los Magistrados de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial;
- c) Los Jueces Superiores
- d) Los Jueces Penales y Promiscuos de Circuito, los Jueces de Distrito Penal, Aduanero y los de Menores;
- e) Los Jueces de Instrucción;
- f) Los Jueces Penales y Promiscuos Municipales;
- g) Las autoridades de policía en los asuntos de su competencia;
- h) El Senado de la República en los casos determinados por la Constitución, e
- i) Los demás funcionarios señalados por la Ley para las jurisdicciones especiales.

2.3 Siguiendo el mismo orden de ideas, encontramos que otros funcionarios facultados para solicitar a los establecimientos bancarios informes sobre los datos de sus clientes; son en virtud de lo dispuesto por el D. E. 1771/75 las respectivas Secciones de Liquidación y Auditoría de las Administraciones de Impuestos Nacionales, son competentes a prevención para practicar la liquidación de revisión de que trata el Decreto 2821/74. Con tal fin pueden solicitar información a todas las personas naturales y jurídicas residentes o domiciliadas en el país.

Los funcionarios liquidadores podrán entonces solicitar las informaciones necesarias sin perjuicio de lo dispuesto en las Resoluciones 447/60 y 002/73 (Dirección de Impuestos Nacionales); sobre los informes periódicos que están obligados a suministrar los bancos a la Administración de Impuestos sobre los siguientes datos de sus clientes:

1. Depositantes en cuenta corriente, depósitos a término, y depósitos de ahorro; señalando la cuantía exacta de tales depósitos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, siempre que el monto de los mismos sea o exceda de \$ 40.000.

2. Saldos en cuenta corriente o en depósito a término de aquellos contribuyentes que las entidades señaladas en el artículo 3º de la Resolución 447/60 de la División de Impuestos Nacionales indiquen concretamente con nombre completo, documento de identificación y dirección.

3. Una relación de los cheques de Gerencia cuya cuantía sea o exceda de \$ 30.000, adquiridos por personas naturales o jurídicas en los meses de noviembre y diciembre, pendientes de pago en 31 de diciembre, indicando valor del cheque, nombre y apellido del beneficiario.

4. Relación de los deudores, identificándolos y señalando la cuantía de los préstamos individuales o conjuntos siempre que su cuantía sea superior a \$ 50.000.

2.4 La tercera excepción señalada por el artículo 38 C. N. al principio de inviolabilidad de las cartas y papeles privados, se presenta en los casos de efectiva intervención del Estado. En efecto, el artículo 120 C. N. señala al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa Nº 14: Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

Nº 15: Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles conforme a las leyes.

En desarrollo de dicho precepto constitucional ciertas dependencias del Estado como en el caso de las Superintendencias hacen efectiva intervención (Art. 4º Dec. 1050/68).

(1) Superintendencia Bancaria:

Creada por la Ley 45/23 y reestructurada recientemente por el Decreto 125/76, tiene como funciones la inspección y vigilancia sobre el Banco de la República, establecimientos bancarios y de crédito, compañías de seguros, sociedades de capitalización, almacenes generales de depósito, fondos ganaderos, fondos de inversión, bolsas de valores, etc. Para ello tendrá las facultades que entre otras, le confieren las leyes 45/23, 57/31, Art. 63 C. Co. Título II Libro II C. Co., una de las cuales consiste expresamente en ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante.

Obviamente, el conocimiento que por este medio obtenga el Superintendente de los papeles privados del comerciante, estará sujeto a la reserva a que se refieren el artículo 40 de la Ley 45/23, el artículo 6º del Decreto 2400/68 y 283 C. Co.

(2) Superintendencia de Sociedades:

Creada por la Ley 58/31, ha tenido desde su origen la misión de supervigilar las sociedades anónimas con excepción de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria; sobre todas aquellas sociedades cualquiera que sea su forma, en las que una compañía de las sometidas a su vigilancia tenga el veinte por ciento o más de su capital social; sobre cualquier compañía mercantil cuando lo solicite un número plural de asociados que posea el 20% o más de su capital social; y sobre las sociedades mercantiles que no estén comprendidas entre las anteriores, cuando así lo determine el Presidente de la República en ejercicio de su facultad de inspección.

Respecto a las sociedades sometidas a inspección de la Superintendencia de Sociedades, cumple ésta en síntesis las siguientes funciones: Concede permiso de funcionamiento, aprueba los avalúos de aportes que no consistan en dineros, autoriza la colocación de acciones, el aumento de capital y las reformas estatutarias, examina los balances, practica visitas con el fin de comprobar si la sociedad cumple con su objeto social, si se lleva la contabilidad al día, si los activos son reales y están adecuadamente protegidos, si se están haciendo las reservas obligatorias, etc. Cuando con motivo de una visita sea necesario investigar operaciones finales o intermedias que las compañías vigiladas hayan realizado con personas o entidades no sometidas a la vigilancia, podrá el Superintendente exigir a éstas, las informaciones que sean pertinentes. Art. 273 C. C.

(3) Superintendencia de Control de Cambios:

Fue creada por el Decreto 444/67, sus funciones son las asignadas por el artículo 217 del mismo Decreto y consisten en ejercer la vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones que regulan el control de oro y de cambio, adelantar las diligencias, pesquisas y averiguaciones necesarias para comprobar si ha habido violación de las disposiciones legales sobre control de oro y el cambio; para estos efectos tiene acceso a las oficinas públicas y a sus archivos, a los establecimientos, empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, los departamentos, o los municipios, y a las oficinas o domicilios de las entidades bancarias y demás personas naturales o jurídicas con el sólo objeto de buscar pruebas o podrá igualmente solicitar que se le expidan copias auténticas de los documentos que allí reposan.

HECHOS NO COBIJADOS POR LA RESERVA BANCARIA

"EN PRIMER TERMINO, OCURRIRIA PREGUNTAR SI EL DERECHO A EXIGIR EL PAGO DE LA DEUDA PODIA SUPEDITARSE AL DEBER DE DISCRECION IMPUESTO AL BANCO. EN OTRAS PALABRAS, SI VENCIDO EL TERMINO E INSOLUTA LA OBLIGACION QUE CONSTA EN UN DOCUMENTO QUE PRESTA MERITO EJECUTIVO, DEBERIA EL BANCO ACREEDOR ABSTENERSE DE HACERLA CUMPLIR POR LA VIA JUDICIAL, PORQUE CONSISTIENDO EL JUICIO EN UN PROCEDIMIENTO PUBLICO, CON ELLO VIOLARIA SU DEBER DE DISCRECION Y CAUSARIA DAÑO AL CREDITO COMERCIAL DEL EJECUTADO. BASTA PLANTEAR SEMEJANTE CUESTION PARA QUE APAREZCA NO SOLO INJURIDICA, SINO ABSURDA. BIEN CONOCIDO ES EL AFORISMO ROMANO: NEMINEN LAEDIT QUI JURE SUO UTITUR, EL CUAL DICHO EN ROMANCE SIGNIFICA: A NADIE DAÑA QUIEN USA DE SU DERECHO.

"Y SI UNA FIRMA RESPETABLE PIDE INFORMACIONES CONFIDENCIALES AL BANCO SOBRE EL CUMPLIMIENTO Y MORALIDAD CO-

Respuesta de la Superintendencia Bancaria a una consulta formulada por la Asociación Bancaria en la que, ratificando una doctrina de 1953, conceptúa que la información sobre cuentas corrientes canceladas y cartera castigada no hace parte de la reserva bancaria, y se refiere también a otras circunstancias en que deja de operar la reserva (agosto 27 de 1975).

MERCIAL DEL CLIENTE MOROSO, CUYA CUENTA HA SIDO CASTIGADA EN LOS LIBROS, DEBE EL ESTABLECIMIENTO DE CREDITO INDUCIR A SU OTRO CLIENTE CON UN INFORME FALSO A QUE DEPOSITE SU CONFIANZA EN QUIEN FALTO A SUS COMPROMISOS, EXPONIENDO AL SOLICITANTE DE LA INFORMACION A CELEBRAR UN NEGOCIO QUE LO PERJUDIQUE? MERECECIAN ENTONCES CONFIANZA LAS REFERENCIAS BANCARIAS? CUANDO FALTARIA EL BANCO A SU DEBER PROFESIONAL: CUANDO DIERA UN INFORME FALSO EN BENEFICIO DE UN CLIENTE NO RECOMENDABLE EN PERJUICIO DE OTRO CLIENTE, O CUANDO INFORMARA LISA Y LLANAMENTE LA VERDAD RESPECTO DEL HECHO CIERTO DE QUE AQUEL DEJO DE PAGAR UNA OBLIGACION Y ESTA CATALOGADO COMO CLIENTE MOROSO?

“LA CONCLUSION DE LO EXPUESTO ES QUE LOS BANCOS PUEDEN, EN DEFENSA DE SUS LEGITIMOS INTERESES GREMIALES Y DE LA LA MORALIDAD GENERAL DE LOS NEGOCIOS, CANJEARSE INFORMACIONES CONFIDENCIALES SOBRE LOS DEUDORES COMPROBADOS E INJUSTIFICADAMENTE MOROSOS EN EL PAGO CUYAS DEUDAS HAYAN TENIDO QUE SER DESVALORIZADAS O “CASTIGADAS” EN SUS LIBROS. “OCTUBRE 6 DE 1953”.

POR CONSIGUIENTE, DENTRO DE LAS REGLAMENTACIONES ACTUALES, EN CONCEPTO DE ESTE DESPACHO, NO ES VIOLATORIO DE LA RESERVA BANCARIA EL SUMINISTRAR LA INFORMACION SOBRE CUENTAS CANCELADAS EN LA FORMA COMO HA SIDO ACORDADA HASTA AHORA POR LOS MISMOS BANCOS.

Con el mayor gusto damos respuesta a su amable consulta del pasado 16 de junio relativa a si la información que tienen los bancos sobre sus cuentas corrientes canceladas y su cartera castigada está o no amparada por la reserva bancaria.

La reserva bancaria ha sido equivocadamente entendida como un deber por parte de los funcionarios de este Despacho, quienes no pueden hacer público lo conocido en razón de su empleo, so pena de ser sancionados con multa la primera vez o destitución en caso de reincidencia (art. 40 Ley 45 de 1923).

Como puede apreciarse, esta noción, más que un criterio de reserva bancaria, se acomoda a un tipo de prevención punitiva aplicable no a los bancos sino a los funcionarios de la Superintendencia Bancaria. Por esta razón nos alejamos de considerar tal noción como la correspondiente a la reserva bancaria para entenderla más bien como el desarrollo del precepto contenido en el artículo 38 de la Constitución Nacional aplicado a la información privada a que diariamente tienen acceso los bancos en razón de sus actividades, con la aclaración, eso sí, de que una cosa es la reserva que deben observar los

bancos para con sus clientes y otra es la inviolabilidad de los papeles propios de los bancos.

En efecto, el artículo 38 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la inviolabilidad de las cartas y papeles privados, el cual está plenamente garantizado por cuanto las excepciones admitidas, esto es, la imposibilidad de interceptarlos o registrarlos, deben provenir de "la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales".

La reserva bancaria, empero, cuyo fundamento está, según se anotó, en el derecho a la intimidad documentaria que consagra el artículo 38 de la Constitución Nacional, es algo más que ésta pues no sólo se niegan la interceptación y el registro de los documentos sino también la divulgación de su contenido. Esta última faceta delinea el clásico secreto bancario, que aparece entonces como un deber establecido por la costumbre a cargo de los bancos, toda vez que no existe entre nosotros norma expresa que lo consagre, a diferencia de otras legislaciones. Se ha entendido entonces que el secreto bancario es precisamente "el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados de no revelar directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o con motivo de la actividad a que están dedicados" (Hernández, citado por Bauche Garciadiego en Operaciones Bancarias, pág. 361. Porrúa, 1967).

Ahora bien, la reserva bancaria es una obligación para el banco en cuanto que las infidencias sobre lo que se mira objeto de discreción pueden causar daño a quien confiando en el secreto del banco y por razón de los contratos que realiza con él, ha hecho de su conocimiento ciertos aspectos que no deben ser de libre acceso ni de publicidad, sino cuando así lo dispone la ley o lo faculta el mismo cliente. Por ser el banco un profesional y una persona jurídica están obligados a la reserva bancaria tanto la dirección del mismo como la administración y demás empleados.

El derecho a la intimidad documentaria que consagra el artículo 38 de la Carta admite las excepciones que allí mismo se establecen, en las condiciones anotadas. Pues bien, incluyendo la reserva bancaria la no divulgación de la información privada a que tienen acceso los bancos en desarrollo de su actividad profesional, podría también pensarse que contra dicha conducta es posible admitir excepciones cuando quiera que se trate de proteger no solamente a quienes desarrollan idénticas o similares actividades sino también el interés de la colectividad, máxime en tratándose de entidades cuyas actividades han sido calificadas como de servicio público.

Surgen entonces los criterios de moral, buenas costumbres y orden público que van a servir fundamentalmente para la solución del problema propuesto en razón de que por encima del interés individual y particular está el interés general de la comunidad.

Sobre el tema relativo a los créditos castigados y deudores morosos este despacho expuso ya su criterio en concepto del 6 de octubre de 1953. Dijo en esa oportunidad:

“La cuestión de si los bancos deben guardar secreto entre otros bancos sobre la morosidad prolongada de algunos clientes a pagarles sus deudas, o si estarían autorizados para comunicarse confidencialmente entre sí, en determinadas condiciones, los nombres de aquellas personas cuyas obligaciones han tenido que ser “castigadas” o devaluadas por mantenerlas insolutas después de una espera prudente y suficientemente amplia, son base de la consulta.

“En primer término, ocurriría preguntar si el derecho a exigir el pago de la deuda podría supeditarse al deber de discreción impuesto al banco. En otras palabras, si vencido el término e insoluta la obligación que consta en un documento que presta mérito ejecutivo, debería el banco acreedor abstenerse de hacerla cumplir por la vía judicial, por que consistiendo el juicio en un procedimiento público, con ello violaría su deber de discreción y causaría daño al crédito comercial del ejecutado. Basta plantear semejante cuestión para que aparezca no sólo injurídica, sino absurda. Bien conocido es el aforismoromano: *Neminem laedit qui jure suo utitur*, el cual dicho en romance significa: A nadie daña quien usa de su derecho.

“Y a quien dijera que una cosa es el derecho a cobrar la deuda por la vía judicial y otra comunicar a los demás bancos el nombre del cliente moroso, podría preguntársele si está al alcance de todos los interesados, establecimientos de crédito, o no, informarse a través de los juicios ejecutivos, no solo de los nombres de los morosos, sino de muchas otras circunstancias relativas cada caso. Y aún si el banco, por cualquier razón, se abstuviera de ejercer aquel derecho continuaría en la posibilidad jurídica de hacerlo, llevando al conocimiento del público por aquel camino el incumplimiento de su deudor.

“De otro lado, si se supone que el deber de discreción a cargo del banco está implícito en el contrato por el cual otorga el crédito a su cliente, podría éste faltar a su obligación de pagar y tener sin embargo, acción contra su acreedor porque le cobra, pretendiendo que con ello viola un deber emanado del mismo contrato?

“Y si una firma respetable pide informaciones confidenciales al banco sobre el cumplimiento y moralidad comercial del cliente moroso, cuya cuenta ha sido castigada en los libros, debe el establecimiento de crédito inducir a su otro cliente con un informe falso a que deposite su confianza en quien faltó a sus compromisos, exponiendo al solicitante de la información a celebrar un negocio que lo perjudique? Merecerían entonces confianza las referencias bancarias? Cuándo faltaría el banco a su deber profesional: Cuando diera un informe falso en beneficio de un cliente no recomendable en perjuicio de otro cliente, o cuando informara lisa y llanamente la verdad respec-

to del hecho cierto de que aquél dejó de pagar una obligación y está catalogado como cliente moroso?

“Es obvio que el banco está en su derecho cuando cobra por la vía judicial y de ese modo hace pública la falta de su cliente al cumplimiento de una obligación, y parece evidente que no atenta contra el derecho ajeno, sino que cumple un deber, al contestar al banco solicitante de informes que determinada persona es un deudor moroso del establecimiento.

“La bondad del uso o costumbre de la discreción procede de que estimula los negocios, al amparar toda actividad comercial legítima y honesta contra la infidencia y la deslealtad y al incrementar la confianza en los establecimientos bancarios que juegan papel de primer orden en la vida económica. Pero si se aceptara que esa discreción debe ser mampara que oculte a quienes no cumplen sus compromisos, que encubra la mala fé de ciertos deudores y expongan a los bancos a ser víctimas de reclamaciones temerarias, se le estaría dando a esa práctica, saludable por sí misma, una extensión y un alcance peligroso para la moral mercantil y para la economía.

“No debe, pues, protegerse bajo esta costumbre o práctica bancaria lo mismo las actividades legítimas, los negocios honestos, la obligación del banquero a ser leal con quien le confía informes que exigen cuidadoso secreto que el hábito doloso de girar cheques sin provisión ni autorización, o la mora prolongada en el cumplimiento con que se corresponda al crédito dispensado por un banco.

“La conclusión de lo expuesto es que los bancos pueden, en defensa de sus legítimos intereses gremiales y de la moralidad general de los negocios, canjearse informaciones confidenciales sobre los deudores comprobados e injustificadamente morosos en el pago cuyas deudas hayan tenido que ser desvalorizadas o “castigadas en sus libros. (Octubre 6 de 1953)”.

Conserva actualidad el concepto transcrito, si se tiene en cuenta que la seguridad del crédito es base fundamental del comercio moderno.

Si repasamos la legislación mercantil vigente encontramos un caso semejante: la publicación en el registro mercantil del nombre de la persona sometida a la quiebra (art. 28 numeral 3º), verdadero rezago de la antigua infamia a los comerciantes que no podían cumplir sus obligaciones mercantiles por cualquier causa, pero cuya utilización práctica es evidente como sano principio moralizador del crédito.

Semejantes consideraciones cabrían respecto a la “cartera castigada”. En su desarrollo los bancos, a través de la entidad gremial, se han venido informando mutuamente acerca del nombre de los deudores, el documento de identificación y el número de obligaciones castigadas, así como también de las

recuperaciones que se sucedan. Dicha información, según las anteriores apreciaciones, no constituyen, en nuestro concepto, violaciones a la reserva bancaria toda vez que el banco respectivo no formula un juicio de valor sobre las mismas ni tampoco revela una serie de detalles tales como las cifras de balances, negocios, estados de cuentas y demás datos que tenga el banco sobre su cliente; los datos sobre las operaciones en sí, en su conjunto o parcialmente; los hechos conocidos con motivo de las operaciones; los datos de carácter moral perceptibles a través de ellas e incluso la opinión misma que el banco tenga sobre su cliente. Sobre este último aspecto, sin embargo, vale la pena anotar que las referencias bancarias son procedentes cuando el mismo cliente autoriza al banco a que suministre la respectiva información al señalarlo precisamente como referencia, o cuando un tercero las solicita, en uso legítimo de un derecho, con un criterio moralizador y alejado de la intención oculta o manifiesta de causar el daño ajeno.

Lo expuesto sirve también de fundamento para analizar el aspecto relacionado con las cuentas canceladas por manejo indebido de las mismas, que es una situación distinta a la "cuenta saldada" en donde se presenta la terminación del contrato de cuenta corriente bancaria por motivos distintos a ese manejo indebido.

La información que se suministran los bancos, según los acuerdos interbancarios celebrados (artículo 12), es suficiente para identificar plenamente al respectivo cuentacorrentista y también es eminentemente objetiva. Se busca con ello proteger no solamente a las entidades bancarias y financieras sino también al público en general. Se quiere evitar que personas inescrupulosas utilicen, a través de los cheques, el buen nombre de los bancos para engañar otras que contraten con ellas. Tan delicado es el libramiento de cheques sobre cuentas canceladas que la misma ley penal ha tipificado dicha conducta como delito para proteger el interés de la sociedad. (D. 1135/70, art. 1º).

Por consiguiente, dentro de las reglamentaciones actuales, en concepto de este Despacho, no es violatorio de la reserva bancaria el suministrar la información sobre cuentas canceladas en la forma como ha sido acordada hasta ahora por los mismos bancos.

En materia de cuentas canceladas debe llamarse la atención a las entidades bancarias acerca de la diligencia y el cuidado que deben observar al calificar el mal manejo, toda vez que la cancelación se fundamenta o debe fundamentarse en la íntima convicción subjetiva del banco, basada, claro está, en circunstancias de carácter objetivo. Esta recomendación tiene por finalidad evitar que con el mecanismo de la cancelación se causen perjuicios a aquellos cuentacorrentistas que de buena fe, por factores externos o por algún descuido excusable libren cheques que sean devueltos por cualquiera de las causales establecidas.

De lo expuesto y en el ánimo de concretar la respuesta a la inquietud planteada, este Despacho es de la opinión de que en la forma como se viene suministrando la información sobre "cartera castigada" y "cuenta cancelada", de conformidad con los acuerdos interbancarios vigentes, aquella no hace parte de la reserva bancaria. Empero, no sobra advertir que dicha información debe ser manejada con mucha discreción y prudencia a fin de evitar abusos contra la clientela y perjuicios para las mismas instituciones por las responsabilidades que eventualmente podrían derivárseles.

FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS

LA DEFINICION DE PRUEBA JUDICIAL PUEDE APLICARSE A AQUELLOS CASOS EN QUE LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS REALIZAN INVESTIGACIONES DE CONTRAVENCIONES, POR VIOLACION DE LAS NORMAS DEL LLAMADO DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO, TAL COMO SUCEDE CON EL SUPERINTENDENTE DEL CONTROL DE CAMBIOS, AL TENOR DE LO DISPUESTO EN EL DECRETO 444 DE 1967, QUE ORGANIZO LA HOY EXTINGUIDA PREFECTURA DE CAMBIOS, PERO CUYAS NORMAS CONTINUAN VIGENTES EN LO QUE HACE RELACION A LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS.

PARA QUE SE PUEDA HABLAR DE PRUEBA O DE "COMPROBACION DE QUE HA HABIDO VIOLACION DE LAS DISPOSICIONES SOMETIDAS A SU VIGILANCIA" (CONTROL DE ORO Y DE CAMBIOS), EXIGE QUE SE

Concepto del Departamento Jurídico de la Asociación Bancaria, del día 10 de abril de 1973, en relación con las condiciones bajo las cuales la Superintendencia de Control de Cambios puede tener acceso a las oficinas privadas para realizar diligencias o pesquisas tendientes a establecer violaciones al estatuto cambiario contenido en el decreto 444 de 1967.

HAYA ABIERTO UNA INVESTIGACION DE LAS PREVISTAS POR EL ARTICULO 222 DEL DECRETO 444 DE 1967 Y NECESARIAMENTE QUE SE HAYA CORRIDO TRASLADO AL PRESUNTO VIOLADOR DE LAS DISPOSICIONES LEGALES PERTINENTES. EN CUALQUIER OTRO CASO, SE TRATARIA UNICAMENTE DE INFORMES SOLICITADOS A UNA ENTIDAD, LOS CUALES, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTICULO 217 DEL MENCIONADO DECRETO, SOLO SE PUEDEN PEDIR A LAS ENTIDADES OFICIALES, PERO NO A LAS PARTICULARES, QUIENES PUEDEN PUEDE NEGARSE A DARLOS SOBRE LA BASE DE QUE SUS LIBROS Y PAPELES SON RESERVADOS

I. El llamado secreto Bancario

La opinión dominante acepta la existencia del secreto bancario "esto es de un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con los que mantiene relaciones comerciales" (Labanca, Jorge, El Secreto Bancario, Meledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 9).

Si bien norma concreta sobre el Secreto Bancario, no existe en la legislación colombiana, en donde únicamente señala el artículo 40 de la Ley 45 de 1923, que los funcionarios de la Superintendencia Bancaria, están obligados a guardar el secreto en relación con el informe rendido al visitar un banco.

Pese a ello existe un consenso unánime de que el secreto bancario existe y por lo general se reconoce que está fundado en la garantía constitucional de la reserva de libros y papeles, a que se refiere el artículo 38 de la Constitución Nacional.

Así lo ha reconocido la Superintendencia de Sociedades en comunicación No. 0378 de enero 22 de 1964.

"El artículo 38 de la Constitución Nacional conforme al cual las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por autoridad mediante orden de funcionario competente en los casos y con las formalidades que establezca la Ley y con el único objeto de buscar pruebas" reconoce como uno de los derechos civiles, propios del equilibrado transcurso de la vida social, el que tiene toda persona sobre su correspondencia, papeles y documentos de índole privada; consagra el secreto de documentos como un efecto jurídico deducido del mismo objeto de la relación; garantiza el derecho y asegura el efecto, prohibiendo inquisiciones de cualquier linaje, salvo las expresamente previstas en el texto constitucional.

Para la eficaz protección del mencionado derecho, el constituyente creyó necesario determinar expresamente en el mismo artículo 38, cuáles son los motivos de interés público que, por prevalecer sobre el interés privado del titular, autorizan la investigación y el examen de los papeles privados. Estos últimos son exclusivamente tres:

1º La inquisición probatoria judicial.

2º La tasación de impuestos y

3º La intervención del estado.

Fuera de este preciso marco no pueden las autoridades y los particulares procurar el conocimiento de los papeles privados ni pretender su publicación”.

En desarrollo de la disposición constitucional los artículos 61 a 67 del C. del Co. establecen las excepciones a la garantía constitucional plasmada en el artículo de la carta que comenta la Superintendencia en el concepto transcrito.

Evidentemente, el punto interesante en el caso analizado consiste en determinar si la información solicitada puede encuadrarse dentro de las excepciones establecidas a la norma comentada, o si por el contrario, la información solicitada no es procedente darla por estar amparada por “el secreto bancario”.

A continuación se analizará cada uno de los casos señalados:

II. La inquisición probatoria.

Según dice Devis “Prueba Judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”. (Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Segunda Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1972, pág. 8).

La definición de prueba judicial puede aplicarse a aquellos casos en que los funcionarios administrativos realizan investigaciones de contravenciones, por violación de las normas del llamado derecho penal administrativo, tal como sucede con el Superintendente de Control de Cambios, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 444 de 1.967, que organizó la hoy extinguida Prefecutra de Cambios, pero cuyas normas continúan vigentes en lo que hace relación a la Superintendencia de Control de Cambios.

Para que se pueda hablar de prueba o de “Comprobación de que ha habido violación de las disposiciones sometidas a su vigilancia” (control de oro

y de cambios), exige que se haya abierto una investigación de las previstas por el artículo 222 del decreto 444 de 1967 y necesariamente que se haya corrido traslado al presunto violador de las disposiciones legales pertinentes. En cualquier otro caso, se trataría únicamente de informes solicitados a una entidad, los cuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 217 del mencionado decreto, solo se pueden pedir a las entidades oficiales, pero no a las particulares, quienes pueden negarse a darlos sobre la base de que sus libros y papeles son reservados, tal como antes se anotó.

Nótese como el decreto citado, distingue claramente entre informes que pueden solicitarse a entidades oficiales, y diligencias, pesquisas o averiguaciones que estime necesario hacer la Superintendencia, para lo cual tiene acceso a los archivos y oficinas de las entidades bancarias, entre otros muchos sitios, porque de haberse consagrado el régimen de poder solicitar informes a entidades particulares, se estaría incurriendo en una violación de la constitución que el decreto 444 de 1967, sabiamente evitó.

III. Tasación de Impuestos

En relación con esta excepción se ha dicho:

“La nueva disposición —artículo 43 del Acto Legislativo No. 1 de 1936— ha venido, pues, a relevar a los bancos del deber de guardar la reserva respecto de los funcionarios fiscales encargados de la recaudación de los impuestos, porque no se ve de qué otra manera podría dársele plena efectividad al actual precepto constitucional, ya que en muchos casos los informes de los bancos pueden ser el procedimiento más eficaz, o acaso único, de control para las autoridades recaudatorias”. (Concepto de la Superintendencia Bancaria de 1º de diciembre de 1936).

Claramente se desprende de lo citado, que el deber de mantener la reserva bancaria, no existe con relación a los funcionarios encargados de recaudar impuestos, pero que respecto de otros que no cumplen esta función ella se mantiene en toda su extensión, sin que esta segunda excepción la pueda afectar.

Por tanto, no cabe duda, de que la información solicitada por el Superintendente de Control de Cambios no puede entenderse comprendida dentro de la segunda excepción.

IV. Intervención del Estado.

Este concepto lo explican los tratadistas así:

“Dos son las clases de intervención estatal:

a) respetando la libertad de empresa y la iniciativa privada, que se garantizan dentro de los límites del bien común, el Estado, como director general de la economía intervendrá, por mandato de la Ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral, y

b) siempre por mandato de la Ley, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a lo cual el desarrollo económico tenga como objeto principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular". (Henao Hidrón, Javier, Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis, Bogotá, 1971, pág. 117).

A estos eventos no sobraría anotar que existe también intervención de un tipo muy parecido a las anotadas, cuando el Presidente de la República lo hace en relación con el Banco Emisor y en relación con personas naturales y jurídicas que captan el ahorro privado.

Es evidente que la Superintendencia de Control de Cambios al solicitar el informe pedido no puede ejercer la actividad de intervención a que se refiere la constitución, por lo cual la tercera excepción a la reserva bancaria, tampoco se presenta en el caso analizado.

Como conclusión de lo dicho se puede señalar que los bancos no están obligados a suministrar a la Superintendencia de Control de Cambios los datos sobre el movimiento diario del recibo de divisas, especificando la clase de divisas, el origen de las operaciones tales como reintegros anticipados o definitivos, comisiones, servicios, turismo, etc. en la forma que se les solicita.

FACULTADES DE LAS SALAS PENALES

Los funcionarios públicos, de conformidad con claras disposiciones constitucionales, sólo pueden desempeñar aquellas funciones que les señale la ley o el reglamento.

Ninguna disposición legal autoriza a las Salas Penales de los Tribunales Superiores para recibir informaciones sobre posibles antecedentes delictuosos de personas que hayan librado cheques inexistentes o insuficientes, por lo cual no parece jurídico que puedan desempeñar tal función.

Por otra parte, la información suministrada en forma indiscriminada constituiría una violación del secreto bancario, base fundamental sobre la cual se mueven las relaciones cuentacorrentista-banco.

Es mucho más acertado que en cada caso concreto y dentro de la investigación adelantada por el Juez se solicite a los Bancos la información, la cual se podrá dar, de conformidad con las excepciones reconocidas al llamado secreto bancario, pues se trataría de buscar pruebas.

Concepto del Departamento Jurídico de la Asociación Bancaria sobre informaciones de los bancos, respecto de clientes que hayan librado cheques con fondos insuficientes o inexistentes. (Diciembre 14, 1973).

RENUNCIA A LA RESERVA BANCARIA

PARA QUE EXISTA O NAZCA PARA EL BANCO EL DEBER DE GUARDAR SIGILO PROFESIONAL SOBRE CIERTOS HECHOS, EN LA MEDIDA EN QUE ESTA PENADA LA INFIDENCIA DEL FUNCIONARIO DEL BANCO Y EN CUANTO ESTA PROTEGIDO EL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE DOCUMENTOS DEJADOS CONOCER DE UNA PERSONA POR RAZON DE SU PROFESION U OFICIO, EN LA PROPIA CONSTITUCION, DEBE EXISTIR EN PRIMER LUGAR EL FACTOR "REVELACION" COMO JUSTIFICACION DE QUE EL BANCO LLEGUE AL CONOCIMIENTO DE HECHOS EXCLUSIVOS DEL CLIENTE, POR RAZON DE SU OFICIO, QUE DE LO CONTRARIO DESCONOCERIA.

EN TODO CASO, CUANDO QUIERA QUE EL BANCO LLEGUE AL CONOCIMIENTO DE HECHOS ATINENTES EXCLUSIVAMENTE A LOS ASUNTOS PRIVADOS DEL CLIENTE, PRECISAMENTE POR RAZON DE LAS RELACIONES JURIDICAS PROFESIONALES CON AQUEL, A LOS CUALES EL CLIENTE NO LES HAYA LEVANTADO LA CONDICION DE SECRETOS, NACE PARA EL BANCO LA OBLIGACION DE ABSTENERSE DE REALIZAR A TRAVES DE SUS FUNCIONARIOS, LA CONDUCTA TIPIFICADA EN EL

ARTICULO 307 DEL CODIGO PENAL. INCUMPLIDA ESTA OBLIGACION,

Concepto del Departamento Jurídico de la Asociación Bancaria, en el que se sustenta la renunciabilidad de la reserva bancaria por parte de la clientela (Abril 16, 1975).

LA INSTITUCION RESPONDERA DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS PARA EL CLIENTE Y EL FUNCIONARIO O FUNCIONARIOS INFIDENTES SE COLOCARIAN EN LA HIPOTESIS DESCRITA EN DICHA NORMA

PERO SI PARA LOS HECHOS QUE VERDADERAMENTE SON OBJETO DE SECRETO PROFESIONAL BANCARIO, EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE EL INTERESADO LES LEVANTE TAL CONDICION, CON MAYOR RAZON DEBE PENSARSE QUE FRENTE A LOS QUE APENAS HACEN PARTE DE LA RESERVA, POR COSTUMBRE, EL CLIENTE PUEDE ANTE EL BANCO DESPOJARLO DE TAL CONDICION.

OBJETO DEL ESTUDIO

Se trata de establecer si la Asociación Bancaria como entidad gremial de derecho privado, puede implantar el servicio consistente en obtener de los bancos afiliados información sobre el monto de los créditos que concedan a cada uno de sus clientes, a partir de determinada suma, con el fin de suministrar dicha información, en forma totalizada para el resto del sistema, entre sus mismos afiliados.

El problema jurídico se concreta entonces a estudiar si la legislación vigente del país permite a los bancos afiliados y a la Asociación desarrollar las actividades que un sistema como el que se propone implica, en cuanto ellos como personas jurídicas regidas por el derecho privado, solamente responden ante las autoridades por infracción de la Constitución y de las leyes (Constitución Nacional, artículo 20).

I CONTENIDO DE LA EXPRESION "SECRETO BANCARIO"

El derecho positivo colombiano no define ni regula específicamente el concepto o la noción de lo que se conoce tradicionalmente como "el secreto bancario". Ante este vacío reflejado consecuentemente en la doctrina y la jurisprudencia del país nos vemos limitados a explorar acerca de su contenido en el autorizado concepto de algunos doctrinantes extranjeros.

Jorge Labanca, interpreta la noción genérica que sobre tal concepto tiene la opinión general como "un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con que mantienen relaciones comerciales". (1)

(1) Labanca, Jorge: "El Secreto Bancario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 9ª.

Malagarriaga, connotado tratadista argentino del derecho mercantil bancario, precisa un poco más éste concepto y propone la siguiente definición: "El Secreto Bancario es la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan". (2)

Sichtermann, citado por Juan Carlos Malagarriaga, (3) había sostenido por su parte que, "por derecho al secreto bancario se entiende el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar ninguna información sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellas posteriores que haya llegado a conocer en razón de sus relaciones con el propio cliente".

De estas tres definiciones, ampliamente ilustradas sobre el contenido de tan mitificada y manida expresión, hacemos notar lo siguiente:

Todas coinciden en afirmar, desde luego, que la institución del secreto bancario responde a una obligación o deber a cargo del banco, en virtud del cual se encuentra impedido para revelar ciertos hechos referentes a su cliente, a cuyo conocimiento ha llegado por las relaciones jurídicas que lo vinculan con aquel. En lo que no están de acuerdo es en la naturaleza misma de los hechos protegidos por el secreto, pues mientras Labanca los amplía hasta todos aquellos que estén simplemente "vinculados" a los clientes, Malagarriaga y Sichtermann los restringen hasta reducirlos a los "datos" y "hechos posteriores" que haya llegado el banco a conocer por razón de sus relaciones jurídicas con el cliente.

Es interesante observar cómo Sichterman, va sin embargo, un poco más allá: dice que los bancos en desarrollo del deber del sigilo, deben abstenerse incluso de dar información sobre las cuentas de sus clientes. Sobre el punto volveremos al incursionar la costumbre mercantil, como una de las fuentes normativas del secreto bancario.

II MARCO JURIDICO

1. La Constitución Nacional

El Título III de la Carta Política asegura la protección de determinados bienes jurídicos constitutivos del "status" individual frente al Estado y la so-

(2) Malagarriaga, Juan Carlos: "El Secreto Bancario", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 15.

(3) Ibidem, pág. 14.

ciudad; las garantías allí consagradas se encaminan primordialmente a preservar la personalidad de la arbitrariedad o la violencia; así ocurre con las garantías del derecho que podríamos denominar "de privacidad" o derecho a la intimidad, una de cuyas más caracterizadas manifestaciones es la "inviolabilidad de la correspondencia". Un sector importante de la doctrina nacional ha querido encontrar en la disposición del art. 38 de la C. N. la fuente del "Derecho de Secreto Bancario".

Este artículo que asegura la "inviolabilidad de la correspondencia" y la de los documentos y papeles privados, si bien es integrante del concepto de "Derechos de privacidad", se justifica en cuanto excluye la violencia y la arbitrariedad; la intromisión antes que la infidelidad; pero, a pesar de esto, mal haríamos en pronunciarnos con una interpretación literal del texto. En efecto, puede entenderse, no propiamente que el artículo constitucional sea la fuente del secreto, pero sí de la norma penal que sanciona la infidencia con las precisas limitaciones que hemos establecido en ese particular, así como también de las normas del Código de Comercio que consagran la reserva de los libros y papeles del comerciante.

"Para estos efectos, se entiende por correspondencia todos los papeles o documentos privados. Tal noción comprende tanto los papeles o mensajes telegráficos y postales que cursan por conducto de los sistemas de comunicación oficiales, como los demás que produzca o reciba un particular".(4)

De cualquier manera, la norma constitucional se encamina a garantizar la privacidad de documentos, independientemente de su contenido, tanto frente al Estado, que sólo podrá conocerlos "en los casos y con las formalidades que establezca la ley", como frente a los particulares, quienes bajo ninguna circunstancia podrán interferir en la esfera de la privacidad de alguien y constreñirlo para que revele hechos de su particular atinencia.

Solamente los interesados pueden según su propio juicio, dar a conocer o mantener en reserva aquellas circunstancias de su intimidad o de su vida privada.

2. El Código Penal

El artículo 307 del Código Penal dice: "El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio, de un secreto, lo revela sin justa causa, incurrirá en arresto...".

(4) SÁCHICA, Luis Carlos: "Constitucionalismo Colombiano", 4ª edición, Edit. Temis, Bogotá, 1974, pág. 402.

La norma impone varias reflexiones:

a. Es el único estatuto de derecho positivo que nos permite seguir la existencia del "Secreto Bancario" como entidad con relevancia jurídica, de manera directa.

b. Pero, para que tal afirmación sea válida, es necesario partir de que el banco, obligado por la norma, ejerce actividad profesional, pues lo que ella tipifica es la violación del deber de conservar un secreto que ha confiado en atención a la calidad profesional o al oficio que desempeña quien es depositario de la confianza. "La operación bancaria es una operación de crédito realizada por una empresa bancaria, es decir, en masa y con carácter profesional". (5)

c. Reza la norma que, para que haya lugar a la infracción, lo revelado debe ser secreto; los hechos no son en sí "Secretos".

Dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su primera acepción que "secreto" es "lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto", y Cabanellas, en su "Diccionario de Derecho Usual" afirma que la justificación del "Secreto Profesional" se basa en que entonces -en caso de infidencia- se traicionaría al que hizo la revelación, movido tan solo por la necesidad y ante la confianza de que el depositario del "secreto" no lo revelaría sin su consentimiento y ejemplo". Para que el hecho de que se trata sea secreto, tiene que haber sido confiado en tal calidad y, por ello, quien lo confía es el titular del mismo. Carrera exige la existencia de una "Voluntad Razonable" para que sea posible hablar de secreto; esto es, la concurrencia de un interés real en la conservación y de una voluntad expresa o presunta en ese sentido por parte del cliente.

Conjugado el concepto de Cabanellas con el de Carrara, podemos afirmar, que, puesto que la titularidad del secreto pertenece al cliente y que su naturaleza depende de la voluntad de confidencia, él puede ser levantado por el cliente cuando cese el cuidado en su ocultamiento.

d. La norma contempla la existencia de causas que justifiquen la infidencia; tales serían, a manera de ejemplo, la ley o la legítima defensa. Algunos autores sostienen que el consentimiento del interesado constituye justa causa de la revelación; pero evidentemente no es así, por cuanto el consentimiento que manifiesta el titular de la circunstancia cuya revelación se autoriza, elimina su aptitud de aspirar el secreto.

(5) J. Rodríguez R., "Derecho Bancario", ed. Porrúa, México, 1968.

e. Por lo dicho, concluimos con que sólo hay violación del secreto profesional, y por tanto, delito, cuando por revelarse un hecho conocido en razón de la profesión u oficio, se defrauda una confianza legítimamente depositada, sin la mediación de causas que justifiquen tal defraudación.

El artículo 304 del Código Penal sanciona, hasta con un año de arresto, a las personas que incurran en violación de la privacidad, como fiel reglamento de la Constitución, sin más exigencias para la tipificación de la conducta que las contenidas en el artículo 38 de la carta.

El artículo 306 también de la misma codificación protege, igualmente, el mismo bien jurídico de la privacidad al que nos venimos refiriendo. El no se ocupa del secreto a que se obligan los profesionales sino que se refiere genéricamente, a todo aquél que se imponga tal conocimiento de hechos que legítimamente no podría conocer. Hasta aquí la norma es una fiel reglamentación de la carta política; sin embargo, para que la conducta se constituya en delito es necesaria la concurrencia de un elemento no contenido en la Constitución, a saber, la revelación del hecho que indebidamente se ha conocido. En la estructura del precepto constitucional ésta última no es necesaria para hacer la conducta censurable; sin embargo, ella solo tiene relevancia penal cuando de la intromisión se pasa a la infidencia; lo que evita la Constitución es la violencia; lo que censura la ley penal es el hecho de conocer indebidamente algo de atinencia ajena y su ulterior revelación.

La norma del artículo 306 no es directamente aplicable a nuestro caso, pues parte del supuesto de que el conocimiento habido es ilegal, lo que evidentemente escapa al marco de las relaciones banco-cliente; solo nos ilustra, de manera indirecta, para una mejor comprensión del bien jurídico que ocupa el estudio presente, esto es, el derecho de privacidad.

3. La Ley Procesal

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 240, preceptua:

“Excepción por razón de oficio o profesión: No pueden ser obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

1. Los ministros de la religión católica o de otro culto admitido en la república, y
2. Los abogados, los consejeros técnicos, los médicos, cirujanos, farmacéuticos, enfermeros, ni las demás personas que ejercen una profesión sanitaria

con excepción de los casos en que la ley expresamente les imponga la obligación de informar a la autoridad”.

El artículo 214 del C. de Procedimiento Civil dice:

“Excepciones al deber de testimoniar. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

“1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.

“2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.

“3. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto”.

Estas normas, son un desarrollo de la garantía constitucional de la privacidad. Exonera del deber de prestar testimonio precisamente a aquellas personas obligadas por el secreto profesional y cuya indiscreción se sanciona por la ley penal. Obsérvese sin embargo que dicha exoneración es más restringida en materia penal.

4. La Ley Comercial

El artículo 283 del C. de Co. dice:

“Ninguno de los funcionarios de la Superintendencia podrá revelar los procedimientos secretos de producción industrial, los sistemas de propaganda o de venta y las referencias o datos que puedan afectar a la empresa en relación con la competencia y que hayan conocido con ocasión del ejercicio de sus funciones. La infracción se sancionará con la pérdida del empleo, decretada de oficio o a petición de la respectiva sociedad”.

La norma transcrita, si bien puede facilitar la comprensión de los valores éticos que realiza el secreto profesional y, por tanto puede ilustrar el espectro de nuestro estudio, resulta impertinente como fuente eventual del tema que nos ocupa, pues responde a exigencias jurídicas diferentes.

Los artículos 61 a 67 del Código de Comercio reglamentan el derecho a reserva del comerciante sobre sus libros y papeles. Evidentemente se trata no de un deber del banco sino de una facultad conjunta de este y su cliente

dirigida a evitar que los terceros y las autoridades se enteren de su contenido. Pero deriva también de la citada garantía constitucional.

5. La Ley Bancaria

El artículo 40 de la Ley 45 de 1923 dice: "Todo inspector debidamente nombrado y posesionado bajo juramento, cuando haya recibido para ello comisión del Superintendente, deberá sin demora revisar el establecimiento bancario designado en dicha comisión, y rendir al Superintendente un informe jurado sobre el resultado de su examen. Todos los informes de los inspectores y agentes especiales serán comunicados confidencialmente y no podrán hacerse públicos.

"Cualquier indiscreción cometida en este particular, por el Superintendente, se castigará por la primera vez con una multa de quinientos pesos, y la reincidencia con la pérdida del empleo, penas que serán aplicadas por el respectivo Ministro del Despacho".

La norma transcrita resulta ser la única, dentro del ámbito total de nuestra legislación, que se ocupa directamente del problema de la reserva referida a la actividad bancaria, y por esa razón, no pocos han creído encontrar en ella pie, si no suficiente, al menos válido, para desprender de allí las fundamentaciones jurídicas del secreto bancario. Sin embargo, no nos parece acertada tal reflexión: No solamente en cuanto consagra una obligación a cargo de persona distinta del banco, —que en lo que nos ocupa es el sujeto activo de la obligación de conservar el secreto, como es la Superintendencia Bancaria—, sino que el conocimiento a que esta llega de las circunstancias de hecho que posteriormente va a mantener ocultas, está justificado por los fines de la intervención del Estado que, al tenor de la constitución, es causa justificada para limitar el derecho a la privacidad: Por otra parte, la norma exige la causación de un daño para que el funcionario infidente incurra en responsabilidad.

6. La Costumbre

Hemos establecido ya cómo el Derecho Positivo puede ser fuente del secreto bancario en alguna medida; sin embargo, resulta evidente que los bancos vienen practicándolo en mayor grado de aquel al cual se encuentran obligados por ley; y es precisamente la convicción de estar obrando conforme a derecho, de manera inveterada, lo que le ha dado fuerza normativa a tal práctica; es decir esta costumbre, se ha convertido en fuente primordial de la "Reserva Bancaria".

Las prácticas cuya observancia emana de la costumbre y que no obligan por ley, son las que consisten en guardar bajo reserva hechos ajenos a la estricta titularidad del cliente; los que, por ejemplo, se suscitan en el decurso de la relación e interesan por igual al Banco y al cliente, como el monto de los depósitos, o aquellos de que es titular solamente el banco, por ejemplo la existencia de obligaciones a cargo del cliente.

Los hechos, para constituir costumbre mercantil, con la misma autoridad de la ley, siempre que no la contradigan, deberán ser públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan surgido las relaciones que se pretendan reguladas por ella. Estas circunstancias se probarán con certificados de la Cámara de Comercio, en el caso de que ella, en uso de la facultad otorgada por el Código de Comercio, hubiera recogido o recopilado costumbres en tal sentido, o con el testimonio de un conjunto de comerciantes a que se refiere el artículo 7º de la citada obra.

III ELEMENTOS ESENCIALES DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS BANCOS

1. Revelación

Para que exista o nazca para el banco el deber de guardar sigilo profesional sobre ciertos hechos, en la medida en que está penada la infidencia del funcionario del banco y en cuanto está protegido el derecho a la privacidad de documentos dejados conocer de una persona por razón de su profesión u oficio, en la propia Constitución, debe existir en primer lugar el factor "revelación" como justificación de que el banco llegue al conocimiento de hechos exclusivos del cliente, por razón de su oficio, que de lo contrario desconocería.

2. Hechos que por pertenecer exclusivamente a los asuntos privados de una o más personas, solamente éstas tienen interés legítimo en mantener cuidadosamente bajo ocultamiento, o, en no dejar conocer del público.

Quedarán por tanto excluidos los hechos contenidos en documentos que por su naturaleza están destinados al público conocimiento como serían por ejemplo las escrituras públicas o los hechos que constan en instrumentos inscritos en el registro público mercantil.

No serían tampoco hechos objeto de secretos, todos aquellos que por haber ocurrido en circunstancias de alguna publicidad ya no sea posible que la persona o personas que hubieran podido tener interés en guardar su reserva, por decirlo así, aspiren a recuperarla.

Y finalmente, un hecho que en principio pudo haber sido secreto, puede perder su calidad de tal por voluntad inequívoca del o los interesados.

3. Que sean conocidos en razón de la actividad, profesión u oficio

Tratándose de los bancos, la actividad que en forma profesional desarrollan y en virtud de la cual nacen relaciones jurídicas con su clientela, está expresamente definida en la ley, por lo que identificarla no ofrece mayor esfuerzo.

En su condición de intermediarios en el comercio de dinero y de crédito, tal como los define la ley bancaria (Ley 45/23, art. 1º Ley 17/25, art. 2º), los bancos solamente pueden desempeñar, y lo hacen en forma masiva y profesional, aquellas operaciones activas, pasivas y prestar aquellos servicios bancarios u operaciones intermedias, expresamente autorizadas por la ley.

Tratándose de operaciones pasivas como en la celebración del contrato de depósito irregular de dinero o títulos, en sus distintas modalidades, no operará para el banco un interés inmediato por conocer la situación patrimonial del cliente, enterándose de hechos que confiados por él podrían quedar comprendidos por el sigilo profesional, sino sólo en la medida en que sus acreedores depositantes puedan llegar a convertirse en sus deudores sin celebración de nuevo contrato, como ocurre en los sobregiros que se producen en desarrollo de un contrato de cuenta corriente bancaria.

En todo caso, cuando quiera que el banco llegue al conocimiento de hechos atinentes exclusivamente a los asuntos privados del cliente, precisamente por razón de las relaciones jurídicas profesionales con aquel, a los cuales el cliente no les haya levantado la condición de secretos, nace para el banco la obligación de abstenerse de realizar a través de sus funcionarios, la conducta tipificada en el artículo 307 del Código Penal. Incumplida esta obligación, la institución responderá de los perjuicios derivados para el cliente y el funcionario o funcionarios infidente se colocarían en la hipótesis delictual descrita en dicha norma.

Si estos son los elementos esenciales del secreto profesional, podemos ahora sí intentar definir lo que a luz del marco jurídico del país debe entenderse por secreto bancario, cuya fuente próxima se encuentra en el Derecho Penal, como un desarrollo de la garantía constitucional plasmada en el artículo 38 de la Carta.

Entendemos por secreto bancario la obligación que tiene el banco de abstenerse de revelar aquellos hechos que se refieran a los asuntos privados de su cliente y sobre los cuales éste tiene interés legítimo en mantener ocultos

al público, los cuales han llegado a conocimiento del banco en razón de las relaciones jurídicas propias de su actividad profesional con su cliente.

IV. RESERVA BANCARIA

Vimos que la costumbre es también fuente del derecho y como tal, de la institución genéricamente conocida como la reserva bancaria, siempre que concurran los requisitos para su existencia y no se oponga a una norma legal.

Independientemente de la prueba, que posiblemente no se dificultaría en caso de litigio, es innegable que los bancos en forma regular y pública, vienen absteniéndose de revelar en beneficio de su clientela, no solamente los hechos que por virtud de la ley penal están amparados por el sigilo profesional, sino otros como el monto de los depósitos de sus clientes, el estado y cuantía de su cartera, la imagen misma que en el decurso de sus relaciones se han ido formando acerca de la seriedad de sus clientes, etc. Esto es, se ha creado una costumbre mercantil bancaria que constituye fuente formal de la institución jurídica que constituye "La Reserva Bancaria". Estos hechos, no quedan comprendidos por el secreto profesional bancario del artículo 307 del C. P., precisamente en consideración a que ellos no eran exclusivos de los asuntos privados de sus clientes, ni le fueron revelados al banco con el deber del sigilo, sino que fueron hechos nacidos ya dentro del desenvolvimiento de una o más relaciones contractuales, por lo cual pertenecen más bien al interés privado del banco y el cliente, conjuntamente, y no solo de éste último, los que por hacer parte de los documentos privados del banco, las autoridades solamente podrán examinarlos en los casos y con las formalidades previstas en la ley.

Pero de hecho, el banco se abstiene de divulgarlos y se ha venido absteniendo en condiciones tales que se configuran los elementos de la costumbre mercantil.

Estos hechos, de ser revelados inconsultamente por el banco, no engendrarán delito para el respectivo funcionario, pero si podrían comprometer la responsabilidad patrimonial de la institución en eventuales reclamaciones de perjuicios, bien porque se entienda que dicha costumbre rige los contratos celebrados entre ellos (responsabilidad contractual) o bien porque entre la conducta maliciosa o negligente del banco y el daño irrogado al cliente exista relación de causalidad (responsabilidad extracontractual C. C. art. 2341).

Pero si para los hechos que verdaderamente son objeto de secreto profesional bancario, existe la posibilidad de que el interesado les levante tal condición, con mayor razón debe pensarse que frente a los que apenas hacen

parte de la reserva, por costumbre, el cliente puede ante el banco despojarlos de tal condición.

Al hacer lo anterior, el cliente estaría autorizando al banco levantar la reserva bancaria que ampara ciertos hechos ocurridos dentro y en razón de su relación con el banco, tal como lo puede hacer inclusive con los protegidos penalmente, haciendo primar su voluntad contractual sobre la costumbre mercantil, sin que exista ley imperativa que se lo prohíba; basado por el contrario, en las disposiciones mercantiles atrás citadas, que al dar sustento legal a la costumbre, la subordina a las estipulaciones contractuales. (Art. 4º C. de Co.).

V. CENTRAL DE RIESGOS

Como vimos, el objeto de esta central que funcionaría como una dependencia de la Asociación, se concreta a obtener información de los bancos afi-

liados sobre el monto de las deudas de determinados clientes en favor de aquellos, consolidarla y retransmitirla a los mismos afiliados.

Para referir este objeto al marco jurídico descrito, podemos decir que mediante la Central de Riesgos los bancos se obligarán entre sí a suministrar a la Asociación informes acerca de hechos no relativos a la privacidad del cliente, ni revelados por él, sino ocurridos dentro de las relaciones jurídicas banco-cliente, los cuales por tanto, no se encuentran comprendidos dentro de la noción del sigilo profesional, cuya divulgación sanciona el Código Penal, aunque como hechos privados que solo interesan a los dos sujetos de la relación quedan dentro del marco de la garantía constitucional de "la privacidad", y el derecho legal a la reserva de los libros y papeles frente al Estado y a terceros, y también dentro de la institución consuetudinaria, tradicionalmente conocida como "La Reserva Bancaria".

Aunque dejar conocer estos hechos no constituye delito para el funcionario responsable, si puede acarrear al banco la obligación de indemnizar perjuicios, salvo que inequívocamente el cliente hubiera autorizado tal proceder.

RESERVA DE LIBROS Y PAPELES PRIVADOS

“EL QUE TENIENDO CONOCIMIENTO, POR RAZON DE SU PROFESION, ARTE U OFICIO DE UN SECRETO, LO REVELE SIN JUSTA CAUSA, INCURRIRA EN PRISION DE TRES MESES A UN AÑO Y SUSPENSION PARA EJERCER TAL PROFESION, ARTE U OFICIO POR EL MISMO TIEMPO”

LA SANCION PARA EL BANQUERO QUE VIOLE EL SECRETO QUE EN EJERCICIO DE SUS ACTIVIDADES CONOZCA, ES EVIDENTEMENTE, LA PREVISTA POR LA NORMA LEGAL TRANSCRITA. DE AHI QUE SE AFIRME QUE EL SECRETO BANCARIO, EN CUANTO ENCUENTRA EFECTIVIDAD EN EL CODIGO PENAL, NO ES SINO UNA DE LAS FORMAS QUE PUEDE REVESTIR EL SECRETO PROFESIONAL QUE ESTABLECE LA NORMA CITADA.

PERO SIENDO FUNCION JURISDICCIONAL AQUELLA QUE COMPRENDE LA AMPLIA ACTIVIDAD DE HACER ACTUAR LA LEY EN CASOS CONCRETOS, PUEDE SER REALIZADA NO SOLO POR LOS JUECES, ENTENDIENDOSE POR TALES QUIENES INTEGRAN LA RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PUBLICO, SINO TAMBIEN POR OTROS FUNCIONARIOS,

COMO ES EL CASO DE LOS JUECES FISCALES QUE INTEGRAN LA ADMINISTRACION PERO EJERCEN LA JURISDICCION, O COMO OCURRE

Concepto del Departamento Jurídico de la Asociación Bancaria, sobre el denominado Secreto Bancario y los casos en que procede su suspensión. (Junio 15 de 1976).

TAMBIEN CON EL EJERCICIO DE ESTA POR LOS PARTICULARES CUANDO ACTUAN EN FUNCION DE ARBITROS, POR LO QUE ES NECESARIO PRECISAR LOS CASOS EN QUE, EN EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL, PUEDEN LAS AUTORIDADES PROCURAR EL EXAMEN DE LOS LIBROS Y PAPELES PRIVADOS, TENIENDO EN CUENTA QUE EL MEDIO DE PRUEBA IDONEO PARA PRACTICAR ESTE, ES LA INSPECCION JUDICIAL QUE SE LLEVA A EFECTO MEDIANTE EXHIBICION DE LOS MISMOS.

LA NEGATIVA A LA PRACTICA DE LA DILIGENCIA DE INSPECCION, NO EXHIBIENDO LOS LIBROS, TRAE COMO CONSECUENCIA, SI SE ES PARTE EN EL PROCESO, EL QUE SE TENGAN COMO PROBADOS EN SU CONTRA LOS HECHOS, QUE LA OTRA PARTE PRETENDIA DEMOSTRAR, SALVO QUE SE PRUEBE JUSTA CAUSA PARA LA RENUENCIA. SI ES UN TERCERO QUIEN SE OPONE A LA EXHIBICION DE SUS LIBROS Y PAPELES SIN JUSTA CAUSA JUSTIFICATIVA, LA SANCION SERA MERA-MENTE PECUNIARIA. (art. 285 C. de P. C., y art. 67 C. de Co.).

NO SIENDO ENTONCES UN MEDIO DE PRUEBA IDONEO, LA VIA DEL INFORME NO DEBIERA SER UTILIZADA POR LOS JUECES CUANDO CON ELLA SE ESTUVIERE SUSTITUYENDO EL MEDIO DE PRUEBA ESPECIFICO QUE ES LA INSPECCION JUDICIAL. EL ARTICULO 278, DEBE REFERIRSE UNICAMENTE A AQUELLOS INFORMES QUE LOS BANCOS VOLUNTARIAMENTE EXPIDAN, BIEN PORQUE MEDIE SOLICITUD O CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO. AL PUNTO QUE LA PARTE QUE PRETENDA UTILIZAR DOCUMENTOS PRIVADOS EN PODER DE LA OTRA PARTE O DE UN TERCERO, NO TIENE POSIBILIDAD DISTINTA A LA DE SOLICITAR, EN LA OPORTUNIDAD PROCESAL, QUE SE DECRETE LA EXHIBICION (art. 283, C. de P. C.).

POR LO TANTO, UN ESTABLECIMIENTO DE CREDITO NO ESTA OBLIGADO A INFORMAR, SEA UNA DE LAS PARTES O SOLO UN TERCERO EN EL PROCESO, SOBRE HECHOS QUE CONSTEN EN SUS LIBROS Y PAPELES PRIVADOS, PUES LA VIA PROCESAL ADECUADA ES LA ACCION EXHIBITORIA ORDENADA POR EL JUEZ.

Por secreto bancario se entiende un deber para el banquero de no comunicar a terceros no autorizados; informaciones que él obtenga en el ejercicio de sus funciones. Significa igualmente un derecho para aquel, de mantener en reserva frente a terceros, las operaciones con sus clientes.

No siendo un derecho absoluto, deja de existir cuando por disposición de la ley, el banquero esté en la obligación de suministrar información.

No obstante el valor que puede tener como costumbre, nuestro derecho preferentemente legislado, utiliza la noción del secreto en general, siendo el sigilo bancario una especie del secreto profesional, que el código penal regula en su artículo 307 que establece:

“El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio de un secreto, lo revele sin justa causa, incurrirá en prisión de tres meses a un año y suspensión para ejercer tal profesión arte u oficio por el mismo tiempo”.

La sanción para el banquero que viole el secreto que en ejercicio de sus actividades conozca es, evidentemente, la prevista por la norma legal transcrita. De ahí que se afirme que el secreto bancario, en cuanto encuentra efectividad en el Código Penal, no es sino una de las formas que puede revestir el secreto profesional que establece la norma citada.

Evidentemente que, tratándose de un deber, el banco podrá verse obligado a mantener la reserva respecto de relaciones con sus clientes que ya resultan indeseables, como ocurrirá con aquellos que hayan incumplido las obligaciones contraídas con él.

Una posible solución a esta cuestión, será el estipular anticipadamente el consentimiento del cliente para que, de presentarse esa situación, el banco pueda revelar los datos que estime necesarios. El resolver la relación con el cliente no es suficiente, puesto que, el deber de discreción, se mantiene aún después de terminada aquella. Cabe anotar que el secreto profesional ha sido objeto de un desarrollo más específico en el caso de ciertos oficios y profesiones, exceptuando a las personas que los desempeñen del deber de declarar, sobre hechos de que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de su profesión u oficio.

El derecho del banquero a la reserva encuentra, por el contrario, fundamento en el artículo 38 de la Constitución Nacional, que consagra el principio general de que “las cartas y papeles privados no podrán ser registrados sino mediante orden de autoridad competente en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales”.

“Para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos”.

La norma anterior al consagrar el derecho para toda persona a mantener en reserva sus libros y papeles privados, indica, a su vez, el marco dentro del cual pueden las autoridades procurar el exámen de los mismos.

Por lo tanto, el derecho a la reserva no puede invocarse en modo alguno cuando quiera que el legislador, en los casos que la Constitución permite, determine la procedencia del exámen y registro de los libros y papeles privados.

La Superintendencia Bancaria (DB-603-8276 mayo 15/72), al referirse a los anteriores motivos de orden público que, por prevalecer sobre el interés privado, autorizan el examen de los libros y papeles privados, los denomina así:

- a) La inquisición probatoria judicial
- b) La tasación de Impuestos
- c) La intervención del Estado.

El Código de Comercio al establecer en su artículo 61 que los libros y papeles de los comerciantes no podrán ser examinados por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente, está repitiendo el derecho a la reserva, para el caso particular de los comerciantes, que la Constitución consagra, pero incurriendo en una impropiedad al señalar, en su artículo 63, los motivos que autorizan el examen de los mismos a saber: 1) para la tasación de impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones; 2) para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común conforme a las leyes; 3) en la investigación de los delitos conforme a las normas del C. de P. P., y 4) en los procesos civiles conforme a las normas del C. de P. C. La anterior numeración no puede tomarse como taxativa, y por lo tanto, como regla general para determinar la viabilidad del examen, pues no contempla todos los casos en que pueden ser examinados los libros y papeles.

Conviene entonces el estudio, en forma breve, de cada uno de los motivos que conforme a la Constitución lo autorizan.

A) LA INQUISICION PROBATORIA JUDICIAL

Según Devis Echandía, "prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley para llevarle al juez el conocimiento o la certeza sobre los hechos" (Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pág. 8).

Pero siendo función jurisdiccional aquella que comprende la amplia actividad de hacer actuar la ley en casos concretos, puede ser realizada no sólo por los jueces, entendiéndose por tales quienes integran la rama jurisdiccional del poder público, sino también por otros funcionarios, como es el caso de los jueces fiscales que integran la administración pero ejercen la jurisdicción, o como ocurre también con el ejercicio de esta por los particulares cuando actúan en función de árbitros, por lo que es necesario precisar los

casos en que, en ejercicio de la función jurisdiccional, pueden las autoridades procurar el exámen de los libros y papeles privados, teniendo en cuenta que el medio de prueba idóneo para practicar éste, es la inspección judicial que se lleva a efecto mediante exhibición de los mismos.

a) **En materia penal.**

En la investigación de delitos conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal, son amplios los poderes que tiene el juez para apoderarse de los documentos que requiera, pudiendo usar de los apremios legales para su obtención (art. 378 C. de P. P.).

A la exhibición de sus libros y entrega de los mismos al juez competente, solo pueden oponerse aquellas personas a quienes la ley penal autoriza para negarse a declarar y que son, conforme al art. 240 del mismo Código: "1) Los ministros de cualquier culto admitido en la república; 2) Los abogados, consejeros técnicos, médicos cirujanos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan una profesión sanitaria".

Aparte de las anteriores, ninguna otra persona puede oponerse a la inspección de sus libros y papeles privados cuando sea ordenada por un juez penal, bien sea que recaiga sobre la totalidad de los libros o solo sobre una parte de los mismos.

b) **En materia civil.**

De conformidad con el artículo 64 del Código de Comercio, el exámen general de los libros y papeles privados procede, de oficio o a instancia de parte, en los procesos de quiebra, de liquidación de sucesiones, comunidades o sociedades. El artículo 65 del mismo Código establece que, en situaciones distintas a las previstas por los artículos 63 y 64, el examen será parcial y se decretará previa solicitud de parte.

Entre lo previsto por esta última disposición y el artículo 288 del C. de P. C., que hace referencia a la exhibición de los libros y papeles de los comerciantes, existe una evidente contradicción, pues conforme a este artículo, la exhibición será parcial y se decretará de oficio (subrayo) o a instancia de parte. Por regular ambas normas una cuestión mercantil, lo previsto en el C. de Co., en razón de su especialidad, debe prevalecer. En todo caso, serán los tribunales a quienes corresponde definir el punto.

La negativa a la práctica de la diligencia de inspección, no exhibiendo los libros, trae como consecuencia, si se es parte en el proceso, el que se ten-

gan como probados en su contra los hechos que la otra parte pretendía demostrar, salvo que se pruebe justa causa para la renuencia. Si es un tercero quien se opone a la exhibición de sus libros y papeles sin justa causa justificativa, la sanción sera meramente pecuniaria. (art. 285 C. de P. C., y art. 67 C. de Co.).

Reserva legal. — Dentro del anterior punto es necesario precisar este concepto por cuanto el artículo 285 del C. de P. C., dice, en su último inciso que, “los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva cuando gocen de reserva legal, o ésta les cause perjuicios”.

La expresión reserva legal supone la existencia de una norma o normas que excusen a ciertas personas de la obligación de exhibir sus libros, cuando lo soliciten las autoridades en los casos que la Constitución señala.

Tales normas, no pueden ser otras distintas a los artículos 240 del C. de P. P., ya visto, y 214 del C. de P. C., que señala:

“No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión.

- 1) “Los ministros de cualquier culto, admitido en la República.
- 2) Los abogados, médicos, enfermeras, alboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.
- 3) Cualquier otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto”.

Solo las personas mencionadas por la norma penal y la civil, y en esta última materia, además, aquellas que la ley llegue a señalar expresamente, no están obligadas a exhibir sus libros y papeles privados, pues si la ley no las obliga a declarar sobre hechos confidenciales que por razón de su profesión u oficio hayan conocido, mal podría sujetarlos a exhibir sus libros y papeles en donde constan los hechos que les fueron revelados.

Tales normas, como se desprende de su lectura, no prohíben rendir el testimonio sino que dejan a la persona comprendida por la norma el que se abstenga de hacerlo o nó.

Es pues un derecho del profesional, para, si lo desea, guardar el secreto. De revelarlo, puede quedar sujeto a la sanción del artículo 307 del Código Penal ya visto, que contempla la sanción por violación del secreto profesional.

Lo anterior, en el evento de que el tercero se sintiera lesionado por la revelación de su confidencia, o no hubiera dado su consentimiento, pues para las personas que no están obligadas a declarar, no sería justa causa la orden de autoridad competente en los casos que la Constitución señala.

En conclusión, los bancos, salvo que consideren que la exhibición de sus libros les causa perjuicios, lo que deben demostrar, no pueden oponerse a la misma, sean partes o terceros en un proceso, debiendo únicamente tener en cuenta si la inspección recae sobre la totalidad de los libros y papeles, o solo sobre aquello que interesa al litigio, y además la sanción que pueda derivarse de su renuencia, habida cuenta de su calidad de parte o de tercero en el proceso, como se anotó anteriormente.

c) En materia laboral

Aún cuando el Código de Comercio en su artículo 63 no menciona la procedencia del examen de los libros y papeles privados cuando lo decreta un juez laboral, no puede limitar una jurisdicción como esta, donde sus jueces tienen conforme al artículo 54 del Código de Procedimiento Laboral, libertad amplia para decretar las pruebas que estimen convenientes, pudiendo por consiguiente, y dada la especial protección de que goza el trabajador, ordenar la exhibición general o parcial de los libros de un patrono o de un tercero.

El artículo 55 del C. de P. L., señala que la inspección judicial, que denomina impropriamente ocular, es procedente para aclarar hechos dudosos o cuando se presenten graves y fundados motivos, "siempre que tal diligencia pueda cumplirse sin graves daños para las partes o terceros y sin obligarlos a violar secretos profesionales, comerciales o artísticos". Se repite entonces, solo las personas que la ley exceptúa del deber de declarar, pueden oponerse a la exhibición de sus libros y papeles privados cuando una autoridad laboral con el fin de buscar pruebas la exija. Las demás personas no, pues en esta materia, como en las demás ya vistas, el interés del particular debe ceder siempre al interés de la justicia en averiguar la verdad.

d) En materia contencioso-administrativa

El artículo 283 del C. C. A., señala que los vacíos en el procedimiento se llenarán por las disposiciones del C. de P. C., por lo que en lo referente a este punto cabe lo que se anotó en materia civil sobre las personas que por razón de su profesión u oficio pueden negarse a exhibir sus libros, cuando el tribunal competente lo ordene. En los demás casos debe permitirse la prác-

tica de la diligencia, salvo que se demuestre que se causa perjuicio con la exhibición.

Además, el examen debe ser siempre parcial, pues no existen en lo contencioso administrativo, como si ocurre en materia civil, procesos que por su naturaleza justifiquen aquel sobre la totalidad de los libros.

Informes de Bancos e instituciones de crédito. — El artículo 278 del C. de P. C., consagra la prueba de informes de bancos e instituciones de crédito. Al respecto dice Devis Echandía (ob. cit. 439 y siguientes), que tales informes no son certificaciones, porque estas deben emanar siempre de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones; y que, en caso de que se copien actuaciones, oficios, datos contables que consten en libros y archivos, se tratará de simple prueba documental, de carácter público o privado según la entidad que la suscriba, por cuanto — continúa Devis— “en Colombia no existe la prueba de informes como autónoma, sino apenas se trata de una manera especial de allegar al proceso la prueba documental y testimonial”.

No siendo entonces un medio de prueba idóneo, la vía del informe no debiera ser utilizada por los jueces cuando con ella se estuviere sustituyendo el medio de prueba específico que es la inspección judicial. El artículo 278, debe referirse únicamente a aquellos informes que los bancos voluntariamente expidan, bien porque medie solicitud o consentimiento del interesado. Al punto que la parte que pretenda utilizar documentos privados en poder de la otra parte o de un tercero, no tiene posibilidad distinta a la de solicitar, en la oportunidad procesal, que se decreté la exhibición (art. 283. C. de P. C.).

Por lo tanto, un establecimiento de crédito no está obligado a informar, sea una de las partes o solo un tercero en el proceso, sobre hechos que consten en sus libros y papeles privados, pues la vía procesal adecuada es la acción exhibitoria ordenada por el juez.

B) TASACION DE IMPUESTOS

En el caso de la jurisdicción coactiva o fiscal que se encarga de hacer efectivas contra los ciudadanos las cargas a favor del Estado, son amplias las funciones que consagra el Decreto 1651 de 1961, en su artículo 60, según el cual “los funcionarios encargados de practicar la liquidación, de fallar los recursos y de adelantar investigaciones tributarias, pueden solicitar oficiosamente, con el fin de ajustar sus decisiones a la más estricta legalidad, toda clase de informes conducentes al contribuyente, a terceras personas y a entidades oficiales o privadas, citar, en sus despachos a contribuyentes o a terceros, para que bajo la gravedad del juramento ratifiquen sus declaraciones, afronten careos o respondan interrogatorios, y exigir del contribuyente y de

terceros la exhibición de su contabilidad". La anterior facultad respecto del contribuyente y de terceros, solo puede ser ejercida en desarrollo de un proceso o actuación administrativa concretos, y referente a determinado contribuyente, como se desprende de la lectura de la norma transcrita.

Así mismo en lo referente a impuestos de timbre y papel sellado, el Art. 64 de la Ley 2ª/76, faculta a la Dirección General de Impuestos Nacionales para: "2º practicar visitas para examinar los libros de contabilidad, los instrumentos o documentos y los demás papeles anexos en lo relativo a impuestos de papel sellado y de timbre nacionales en oficinas públicas o privadas, en locales o establecimientos ocupados a cualquier título por contribuyentes u otros responsables de los citados impuestos".

En desarrollo de la anterior facultad la División General de Impuestos Nacionales puede allanar los establecimientos o locales y emplear la fuerza pública si el ocupante se niega sin causa legítima a dicha diligencia. (Ley 2ª/76 art. 63 num. 3º y 4º). Conviene señalar que, en el caso de que contra la liquidación de un impuesto, se iniciare el respectivo proceso ante lo Contencioso Administrativo, en este juicio, y conforme al artículo 278 del C. C. A., "Solo se estimarán aquellas pruebas que hubieren sido aducidas durante la actuación en la vía administrativa cuando se hubiere establecido término para este efecto. También serán estimadas aquellas pruebas que producidas en el juicio, tienen por objeto completar o mejorar las aducidas en la actuación administrativa".

C) LA INTERVENCION DEL ESTADO

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Agosto 18 de 1972 (Acción de inexecutable instaurada contra la ley 33 de 1972), al analizar la sustracción de competencia al congreso y el consecuencial traslado de la misma al Presidente de la República, se expresó así: "... con lo cual se tienen hoy dos modos de intervención estatal en la economía privada así como en los servicios privados y públicos; la que de modo general puede realizarse por mandato de la Ley; es decir, por acto del Congreso bien cumplido directamente o a través del mecanismo de las facultades del artículo 76-12, conforme al artículo 32, y la que puede ejercer el Gobierno de modo exclusivo, a través de la facultad contenida en el artículo 120-14, sobre el banco emisor y sobre las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de fondos, provenientes del ahorro privado".

La facultad de inspección atribuida al Presidente por los numerales 15 y 19 del artículo 120 de la Carta, no implica, entonces, desarrollo de actos de intervención. Así, la que se ejerce sobre "los demás establecimientos de

crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes” encuentra apoyo en diferentes preceptos constitucionales ajenos a los artículos 32 y 120-14. En efecto, la regulación sobre el crédito es función propia del legislador, y a él corresponde expedir las leyes normativas o cuadro de que trata el numeral 22 del artículo 76; y en cuanto a la actividad bancaria, definida por la Corte Suprema de Justicia (sentencia de junio 12/69) como un servicio público, temporalmente concedido por el Estado para su prestación por los particulares, es atribución tradicional del legislador la de regularlo.

Igual ocurre con la inspección sobre las sociedades mercantiles pues conforme al artículo 12 de la Carta, es facultad exclusiva del Congreso regular la capacidad y por ende, el objeto, reconocimiento y régimen de las personas jurídicas, pudiendo conforme al numeral 2 del artículo 76, expedir Códigos en todas las ramas.

Lo que ocurre es que, en la época del acto legislativo 1 de 1945 que corresponde al actual artículo 38 de la Constitución Nacional, el concepto de intervención del Estado no estaba lo suficientemente precisado. Por ésto, a los tres motivos que conforme el art. 38 de la Carta permiten el exámen de los libros y papeles privados cabe añadir la facultad de inspección que sobre los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles de acuerdo con las leyes le está atribuída al Presidente por el 120-15; teniendo, sobre los establecimientos de crédito las amplias facultades de inspección que contiene la ley 45 de 1923 y que le permiten al Superintendente Bancario exigir a las entidades vigiladas los informes de que trata el artículo 41 de dicha ley, así como el exámen de sus libros y papeles privados cuando practique las visitas a que se refiere el artículo 39 de la ley 45 de 1923 (sustituida por el artículo 4º de la ley 57 de 1931).

En cuanto al ejercicio de la función de inspección sobre las sociedades mercantiles, a través de la Superintendencia de Sociedades, el numeral 4º del artículo 267 del Código de Comercio señala, entre las funciones del Superintendente la de “Decretar y practicar visitas, con facultad para inspeccionar todos los libros y papeles de las sociedades vigiladas”.

La facultad de inspección y vigilancia “sobre instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores” es función propia del presidente y se contrae a verificar que se cumplan los fines de su creación.

Igualmente la regulación del cambio exterior que, según el fallo de la Corte de junio 12 de 1969, se deriva del principio de soberanía monetaria, es de competencia del legislador, el cual ejerce esa función directamente o a través de facultades al ejecutivo.

Entonces, las funciones asignadas por el Decreto 444 de 1967 a la extinguida Prefectura de Control de Cambios, que hoy desarrolla la Superintendencia del mismo nombre y que le permiten el acceso a las oficinas y domicilios de los bancos, con el solo objeto de buscar pruebas, no es desarrollo del poder interventor del Estado, por ser funciones propias, sino que deben encuadrarse dentro del punto ya visto de inquisición probatoria judicial, pues si bien la Superintendencia de Control de Cambios no es parte de la rama jurisdiccional, si tiene poder para ejercer la jurisdicción.

Pudiendo un acto o resolución de la Superintendencia Bancaria o de Sociedades, ser acusado ante lo Contencioso-administrativo, el Consejo de Estado tribunal competente (C.C.A. art. 34) tiene la facultad de decretar las pruebas que estime convenientes, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 283 del C.C.A. ya citado.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

L

El autorizado concepto de la referencia es claro al anotar que la Contraloría no tiene actualmente ninguna función de instrucción de las que anteriormente le asignaba la ley, por haber sido derogadas tales normas por el Código de Procedimiento Penal, pudiendo actualmente, conforme el artículo 312 de dicho código, intervenir en la formación de sumarios por peculado "quedando a esto reducida su facultad".

La Ley 20 de 1975, que modificó las normas orgánicas de la Contraloría, faculta a esta para constituirse en parte civil dentro de los procesos penales por peculado que afectan los intereses de los institutos o entidades bajo su fiscalización.

En cuanto a las entidades financieras del Estado, la ley 20 de 1975, llenando el vacío que dejara la declaratoria de inexequibilidad del inciso 2º del artículo 41 del decreto 3130 de 1968, que situaba tal control fiscal en cabeza de la Superintendencia Bancaria, faculta a la Contraloría General de la República para establecer en tales entidades "sistemas de fiscalización que consulten las necesidades que de acuerdo a su modalidad requieran para alcanzar sus fines sociales".

Teniendo en cuenta la índole de estos organismos que, por la función que cumplen, se enfrentan a la competencia de unidades idénticas de carácter privado, el empear sobre ellas los tres tipos de controles fiscales que existen, vendría solo a entorpecer su funcionamiento.

Además somete esta ley a aquellas sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 50% o más del capital, al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, las que están sujetas únicamente

te a controles perceptivo y posterior puesto que el control previo puede ser establecido bien cuando la junta directiva de la empresa lo estime necesario, o cuando se presenten graves y frecuentes irregularidades (art. 20 Ley 20/75) lo que indica que, salvo la presencia de algunas de las anteriores circunstancias, el control previo no se ejerce en tales entidades.

El ejercicio del control perceptivo y la misma ley 20 de 1975, le permiten a la Contraloría practicar inspecciones fiscales y visitas a las oficinas de revisoría o auditoría interna de las entidades financieras del Estado, aun en las que este posea menos del 50% del capital (arts. 22 y 23 Ley 20/75).

Igualmente el artículo 27 de la citada ley, establece que, "para preservar las normas sobre sigilo y secreto bancario, la contraloría cuando considere que debe hacer una investigación en alguna de las entidades de carácter financiero, solamente la confiará a personal altamente calificado y los informes estarán sometidos a lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 45 de 1923".

La redacción de la norma transcrita puede hacer suponer la existencia de disposiciones que hagan reconocimiento y referencia expresa a una reserva bancaria en particular. No existiendo norma alguna de tal contenido, las disposiciones aludidas no deben ser distintas de aquellas que, desarrollando el secreto profesional que consagra el artículo 307 del Código Penal, ya visto, establecen la obligación para aquellas personas que teniendo conocimiento por razón de su actividad sobre hechos respecto de los cuales los establecimientos guarden reserva; deban a su vez mantener confidencialmente el hecho conocido, como establece el artículo 40 de la Ley 45 de 1923 que sanciona cualquier indiscreción que perjudique a terceros cometida por funcionarios de la Superintendencia Bancaria al realizar investigaciones en entidades de las sometidas a su control, no pudiendo hacerse públicos los informes que estos funcionarios comuniquen; o como ocurre también con el artículo 62 del Código de Comercio, que hace responsables y sujetos por lo tanto a la sanción penal por violación de secretos, al revisor fiscal, el contador o el tenedor de libros que violen la reserva de los mismos.

Si de la inspección que la Contraloría realice en alguna entidad financiera del Estado, apareciere la posible comisión de un hecho delictuoso, presentará denuncia ante el juez penal competente quien tendrá amplias facultades como se vió. (art. 15, párrafo 2º., Ley 20/75)

El artículo 2º de la ley 20 de 1975 utiliza un criterio puramente fiscal al establecer la ingerencia de la Contraloría sobre cualquier persona pública, o privada, que bajo cualquier forma recaude, maneje, invierta o gaste fondos de la Nación. Entonces mientras las entidades crediticias privadas no estén dentro de lo previsto por la norma anterior, la Contraloría no tendrá facultad alguna para ejercer fiscalización sobre ellas. Lo contrario violaría el

principio de legalidad conforme al cual los entes públicos solo pueden realizar aquello para lo cual esten expresamente autorizados por la ley, y en este sentido no existe disposición alguna que faculte a la Contraloría para inspeccionar los libros y papeles de los establecimientos bancarios de carácter privado, o para exigirles informes sobre hechos respecto de los cuales los bancos deben guardar secreto.