

EL SECRETO BANCARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL MISMO EN LAS RELACIONES ECONÓMICO MATRIMONIALES Y EN EL DERECHO DE SUCESIONES (*)

MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ

Doctora en Derecho

(*) El presente trabajo profundiza en algunos aspectos tratados en la monografía de la autora *El secreto bancario*, Bosch, Barcelona, 2001. Sobre el secreto bancario puede consultarse, además, en nuestro país, la siguiente bibliografía: en relación con los aspectos de derecho público, GUILLÉN FERRER, *El secreto bancario y sus límites legales (límites de Derecho Público)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, ALBELLA AMIGO, “El secreto bancario. Estado actual de la cuestión”, en *X Seminario de estudios sobre la Fe Pública Mercantil*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1997, pp. 301 y ss.; sobre la práctica de los informes comerciales, FERRANDO VILLALBA, *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; respecto a las relaciones entre secreto bancario y Administración tributaria *vid.* MENESES VADILLO, *El deber de colaboración de las entidades de crédito ante los requerimientos de información de la Administración tributaria*, Civitas, Madrid, 2000; RUIZ GARCÍA, *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Civitas, Madrid, 1988, y CAZORLA PRIETO, *El secreto bancario*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978. Entre la doctrina mercantilista merecen destacarse las reflexiones efectuadas sobre el secreto bancario por GARRIGUES, en *Contratos bancarios*, Madrid, 1975; JIMÉNEZ DE PARGA, “El secreto bancario en el Derecho Español”, *RDM*, 1969, pp. 369 y ss.; EMBID IRUJO, “Contrato bancario y cuenta corriente”, en *Contratos bancarios*, dir. por García Villaverde, Civitas, Madrid, 1992; BATLLE

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE SECRETO BANCARIO. 2. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN. 3. REGULACIÓN DEL SECRETO BANCARIO EN ESPAÑA. 4. EL SECRETO BANCARIO EN LAS RELACIONES ECONÓMICO MATRIMONIALES. A. Planteamiento. B. Supuestos de cotitularidad. C. Supuestos de titularidad exclusiva de la cuenta. a) *Regímenes de comunidad de bienes.* b) *Regímenes de separación de bienes.* D. Supuestos de crisis matrimoniales o de liquidación del régimen de comunidad. 5. EL SECRETO BANCARIO ANTE EL DERECHO DE SUCESIONES. A. Límites al derecho de información de los herederos. B. Sujetos legitimados para acceder a la información bancaria del causante. C. Condiciones para el ejercicio del derecho de información. 6. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO.

1. Concepto de secreto bancario

Cuando una persona acude a una entidad crediticia o financiera para realizar cualquier tipo de operación, lo hace en la confianza de que los datos, noticias o informaciones que revela no van a ser comunicados por dicha entidad a terceros sin su consentimiento, a menos que alguna disposición legal establezca lo contrario. Se dice entonces que estas entidades vienen obligadas al mantenimiento del secreto bancario. El instituto del secreto bancario puede ser definido como el derecho y deber de bancos y demás entidades de crédito, así como, en general, de todo intermediario financiero o crediticio, de mantener la confidencialidad de las informaciones que le sean proporcionadas por sus clientes con motivo de las operaciones con ellos realizadas. Creemos que es conveniente destacar esta doble faceta, de derecho y deber, que presenta el secreto bancario, como en general, todo secreto profesional.

SALES, "El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario. Dos manifestaciones del derecho a la intimidad privada", *RGLJ*, t. LXXI, n.º 1, 1975, pp. 510 y ss. y BÉRGAMO LLABRÉS, *Sociedades Anónimas. Las acciones*, t. II, Prensa Castellana, Madrid, 1970, así como en los Manuales de Derecho Mercantil en general. Existen, además, múltiples artículos de revistas, surgidos, en su mayoría, a raíz de la Ley 50/1977, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal y de la STC 110/1984, entre los que pueden destacarse, sin ánimo exhaustivo, FAJARDO GARCÍA, "Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario", *RDBB*, 1990, pp. 571 y ss.; AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, "La defensa de la intimidad como nuevo límite a las obligaciones de información tributaria", *RDBB*, 1983, pp. 73 y ss.; "De nuevo en torno a la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria", *ibid.*, 1984, pp. 73 y ss.. BAJO FERNÁNDEZ, "Límites del secreto bancario", *Papeles de Economía Española*, n.º 4, 1980, pp. 165 y ss., y OTERO NOVAS, "El secreto bancario", *RDBB*, 1985, pp. 725 y ss.

De esta definición se sigue que el secreto bancario afecta, en su aspecto subjetivo, no sólo las entidades de crédito (Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito) sino también los establecimientos financieros de crédito y cualquier otro intermediario financiero o crediticio. Efectivamente, uno de los problemas que actualmente plantea el secreto bancario es, precisamente, el de la necesidad de extender su ámbito de aplicación para comprender la totalidad del sector financiero: entidades de crédito, emisores de tarjetas, entidades de dinero electrónico, etc. Varios argumentos vienen a apoyar la anterior conclusión. El primero es el de la identidad de razón existente entre los supuestos considerados. De hecho, hoy en día resulta imposible afirmar que la prestación de servicios financieros es la realizada en exclusiva por los Bancos. Surge así el concepto de la “parabancariedad”, fenómeno amplio, una de cuyas manifestaciones consiste, precisamente, en que entidades distintas de las tradicionales entidades de crédito compiten con éstas dentro del mercado del crédito (1). En definitiva, en todos los casos nos encontramos ante entidades que desarrollan actividades pertenecientes al sector de la financiación y que reciben una extraordinaria cantidad de información de los clientes que acuden a ellas solicitando sus servicios, clientes que deben estimarse en todos los casos merecedores de análoga protección. Por otro lado, no conviene olvidar que el legislador trata de aplicar, en determinados aspectos, un régimen homogéneo a las actividades bancarias y las parabancarias. Efectivamente, resulta lógico que establecimientos de crédito y otros intermediarios financieros se encuentren sometidos a un idéntico deber de secreto respecto a sus clientes si se tiene en cuenta que el ámbito de aplicación de muchas normas afecta a todos los intermediarios crediticios. Algunos ejemplos de la extensión de normas que, inicialmente, sólo afectan a entidades de crédito a otras entidades que desa-

(1) Para VERDERA Y TUELLS, “Las actividades parabancarias en España”, *L'attività parabanca*, coor. por Restuccia, Giuffré ed., Milán, 1987, p. 145, en la definición de lo “parabancario” deben ser tomadas en consideración determinadas actividades próximas a la actividad bancaria, nuevos servicios, prestados directamente por la banca o por los nuevos intermediarios financieros, creados con este fin, sometidas a un régimen jurídico y de control, atendiendo a la naturaleza de su actividad, y por ello tendencialmente homologables con las de las entidades crediticias tradicionales. A juicio de BONET SÁNCHEZ (“El contrato bancario”, *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998) la clave para encontrar la noción de actividad parabancaria se encuentra en el concepto técnico jurídico de concurrencia mercantil, y así, define la parabancariedad en un sentido muy amplio como todo acto mercantil que, *proveniendo de una entidad financiera encuadrada en un mercado concreto del sistema financiero (crédito, valores o seguros) compite fuera del mismo y dentro de los otros dos*. Atendiendo precisamente a este fenómeno de la “parabancariedad” ZUNZUNEGUI (*Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 17) entiende más apropiado emplear el término mercado de crédito en lugar del tradicional de mercado de Banca para designar el ámbito en el que se desarrolla la actividad bancaria.

rrollan idéntica actividad económica, los encontramos en la normativa sobre transparencia (2) o sobre prevención del blanqueo de capitales (3), pero nada ejemplifica mejor esta equiparación legislativa que la legislación tributaria, precisamente a propósito del establecimiento de los deberes de colaboración de estos sujetos con la Administración Tributaria para evitar el fraude fiscal (4). Por todo ello, nos parece más adecuado hablar de un deber de secreto profesional del sector financiero en su conjunto.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de la institución, se coincide en general en incluir bajo el secreto bancario tanto las informaciones que versan sobre aspectos patrimoniales como las que afectan a cuestiones personales. Además, el secreto bancario no recae sólo sobre datos concretos, sino sobre las evaluaciones acerca de la solvencia o moralidad de una persona o incluso juicios de valor, siempre que, y ello es lo determinante, todo ello haya llegado a conocimiento del Banco como consecuencia de la relación entablada con el cliente. No importa que la información afecte directamente a la relación comercial en cuestión o que se haya producido “con ocasión” o “por razón” de la misma, ni tampoco que se refiera al propio cliente o a terceros (como avalistas o fiadores, familiares, sociedad de la que el cliente es administrador, etc.). Quedarían fuera del campo de aplicación del secreto bancario, sin embargo, aquellos datos de carácter público, bien por proceder de fuentes accesibles al público o bien por tratarse de hechos de dominio público.

(2) Así, por ejemplo, la Orden de 27 de octubre de 1995 extiende a otras entidades financieras, entre ellas las aseguradoras, el ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, inicialmente prevista sólo para entidades de crédito, por responder la concesión de préstamos hipotecarios tanto en uno como en otro caso a la misma actividad económica y revestir idéntica naturaleza jurídica.

(3) De este modo, en el artículo 2.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, que establece determinadas medidas para la prevención del blanqueo de capitales, se declaran sujetas a las obligaciones establecidas en la Ley tanto a Entidades de crédito como a un amplio grupo de entidades que desarrollan actividades de análoga naturaleza.

(4) Así, los artículos 111.3 de la Ley General Tributaria y 37.1 del Reglamento General de Inspección de Tributos establecen un procedimiento especial para los requerimientos individualizados de información efectuados a Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio. De forma análoga, la DA decimocuarta de la L. 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y el RD 2.281/1998, de 23 de octubre, por el que se desarrollan las disposiciones aplicables a determinadas obligaciones de suministro de información a la Administración Tributaria, establecen la obligación de informar sobre las personas autorizadas para el uso y disposición de cuentas corrientes a los “Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio”. Lo mismo sucede con la DA cuarta, apartado tercero de la L. 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, en relación con la información sobre determinadas operaciones con activos financieros.

2. Fundamento y naturaleza jurídica de la institución

Pocas cuestiones han resultado tan debatidas en los estudios españoles sobre el secreto bancario como, precisamente, la de su fundamentación jurídica, si bien la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de nuestra Constitución”* (fundamento jurídico 11 de la STC 110/1984, de 26 de noviembre) ha venido, en buena medida, a pacificar la cuestión.

El pronunciamiento constitucional es sobradamente conocido y sobre él han recaído ya bastantes comentarios, por lo que únicamente efectuaremos aquí algunas consideraciones sobre lo que se ha denominado *“derecho a la intimidad económica”*. Efectivamente, la mayor parte de las informaciones sobre las que versa el secreto bancario viene constituida por datos de carácter económico, aunque también quedan cubiertos por esta institución otro tipo de confidencias desveladas como consecuencia de la relación Banco-cliente. Siendo esto así, surge la pregunta, de evidente interés para la institución que nos ocupa, de si los aspectos económicos forman parte del derecho a la intimidad, y si, consecuentemente puede hablarse de una *“intimidad económica”*.

Muchos han sido los intentos de aproximación al contenido del derecho a la intimidad. Si bien en una primera fase se tendía a poner de relieve la existencia de una esfera que la persona pudiera mantener alejada de las indiscreciones ajenas, actualmente, en cambio, se pone el acento en la necesidad de que la persona pueda controlar las informaciones que las demás tengan sobre uno mismo, destacándose que, junto al aspecto estático-negativo, la intimidad comprende también un aspecto dinámico-positivo. Pero en cualquier caso, lo que siempre queda por delimitar es el ámbito de dicha esfera. Y tampoco parece que sea posible definir con precisión su contorno con un carácter absoluto para todas las culturas y para todas las épocas, puesto que, aun tratándose de un derecho fundamental, su contenido concreto se presenta cambiante (5).

A la hora de afrontar la cuestión de si la intimidad económica queda dentro de la intimidad constitucionalmente protegida, nuestro Tribunal Constitucional no ha sentado una doctrina clara, aunque en general, parece más proclive a excluir que los datos económicos formen parte del

(5) Demostrativa de esta idea resulta la propia apelación a los usos de la L. 1/1982 de 5 de mayo para la concreción del ámbito protegido por la propia ley, así como numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (cfr., en este sentido, S. de 17 de octubre de 1991, y 144/1999, de 22 de julio) y Tribunal Supremo (STS de 28 de octubre de 1986).

derecho a la intimidad de una persona (6). Y precisamente esto nos parece incoherente con la declaración de que el secreto bancario encuentra su fundamento jurídico en el derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, puesto que los datos normalmente cubiertos por éste se refieren a aspectos patrimoniales. No obstante, y de conformidad con la determinación del contenido del derecho a la intimidad a través de los usos sociales, no parece que pueda hoy en día excluirse el derecho a la intimidad sobre los datos económicos (7). El mero hecho de entablar relaciones con un banco puede resultar relevante para la intimidad de una persona (pensemos en las especulaciones a que puede dar lugar el conocimiento de la solicitud de un préstamo), y no digamos nada del conjunto de movimientos de una cuenta corriente, que reflejan, por ejemplo, sus fuentes de ingresos, el destino que le da a su dinero, etc., entre los que pueden encontrarse datos que ponen en peligro incluso el honor de la persona (8).

Todo ello no impide que no puedan establecerse límites, por razones de interés público, al conocimiento de estos datos económicos, como en

(6) La S. 110/1984 parece excluir que los datos económicos formen parte de la intimidad de una persona, pero al considerar acorde con la Constitución la investigación en las llamadas "causas genéricas" de cada partida, sí parece admitir que las indagaciones en las causas concretas resultan atentatorias contra el derecho a la intimidad. En el A. 642/1986 reconoce expresamente que "*no hay duda que, en principio, los datos relativos a la situación económica de una persona, y entre ellas los que tienen su reflejo en las distintas operaciones bancarias en las que figura como titular, entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida*". En la S. 45/1989 el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la obligación de declaración conjunta de las rentas del matrimonio establecida por la ley reguladora del IRPF, entre otros motivos, por considerar contrario al derecho a la intimidad el deber de denunciar ante la Hacienda Pública las incorrecciones en las que, a juicio de uno de los cónyuges hubiere incurrido el otro, porque ello equivaldría a poner de manifiesto la discordia en el propio seno de la unidad familiar; también violentaría el derecho a la intimidad la realización conjunta de este tipo de declaraciones en los casos de separación temporal o de hecho del matrimonio, obligando a los cónyuges a restablecer una relación. En la S. 142/1993, en la que se debatía si vulneraba el derecho a la intimidad la obligación de entregar una copia de los contratos a los representantes de los trabajadores, el tribunal niega que los datos económicos pertenezcan por sí mismos al ámbito de protección de este derecho, aunque admite la posibilidad de que algunos datos sí queden incluidos en el marco del 18.1 CE. Concluye que en el caso concreto no hay violación de la intimidad al ser posible la limitación de derechos fundamentales siempre que la finalidad de la limitación esté justificada por otros derechos constitucionales y si la medida no resulta desproporcionada. En otros pronunciamientos posteriores (ATC 462/1996 y STC 233/1999) reconoce que la información con trascendencia tributaria puede incidir en la intimidad de los ciudadanos.

(7) Efectivamente, se considerará sin duda más indiscreta a la persona que pregunta a otra por el saldo que arroja su cuenta corriente que a la que se interesa, por ejemplo, por su estado de salud o por su familia. En igual sentido MEILÁN GIL, "El deber de información de los profesionales a la Administración tributaria", *REDF*, 1987, p. 243.

(8) Los ejemplos clásicos son los de pagos hechos a corredores de apuestas, transferencias a favor de hijos extramatrimoniales, movimientos a favor de clínicas especializadas en la curación de determinadas enfermedades, como el SIDA, etc.

general, de otros aspectos cubiertos por el derecho a la intimidad. Efectivamente, tanto las teorías que distinguen distintas esferas en el ámbito del derecho a la intimidad, como las que establecen una distinción entre intimidad y privacidad (siendo el segundo un concepto más amplio en el que se incluiría el primero), de las que se hacen eco nuestros tribunales y nuestras leyes, responden a la necesidad de dispensar distintos niveles de protección a los diferentes aspectos enmarcados por el derecho a la intimidad. En nuestra opinión, resultaría más sencillo dar al derecho a la intimidad un contenido amplio —en el que quedaría incluido, desde luego, lo económico—, susceptible de sufrir limitaciones en aras de intereses superiores, y valorando en cada caso, si el sacrificio de ésta resulta o no adecuado. No resulta de utilidad práctica hablar de un reducto de la intimidad de la persona en el que sería imposible penetrar, cuando en algunos casos (eso sí, excepcionalísimos) sí se pueden autorizar determinadas intromisiones (9).

Consecuencia de que el secreto bancario vea su fundamento en el derecho a la intimidad es la de que serán aplicables a aquél los mismos límites que a éste, es decir, el consentimiento del afectado y la ley (art. 2 de la Ley 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen).

Por lo que hace a la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa cabe destacar cómo la doctrina más autorizada se ha mostrado, en general, reacia a incluir el secreto bancario dentro del concepto de secreto profesional (10), e incluso el propio Tribunal Constitucional parece opo-

(9) Por ejemplo, uno de los reductos más infranqueables del derecho a la intimidad sería el derecho a la intimidad corporal, en el que, sin embargo, se autorizan determinadas intromisiones, como la práctica de pruebas de investigación de paternidad, de alcoholemia o la exploración ginecológica en el curso de una investigación sobre la práctica de un aborto. Ciertamente que en estos casos no puede recurrirse a la fuerza para la realización de tales pruebas, pero no porque con ello se violente el derecho a la intimidad, sino porque se pueden atentar contra otros derechos fundamentales, como la vida o la integridad física (*Vid.*, al respecto, la STC 37/1989, de 15 de febrero).

(10) Así, GARRIGUES, *op. cit.*, p. 50, JIMÉNEZ DE PARGA, *op. cit.*, p. 398, GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, pp. 75 y ss. Partidarios de la consideración del secreto bancario como secreto profesional en nuestro país, han sido, sin embargo, IGLESIAS CUBRÍA, *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, 1970, p. 91-2, BATLLE SALES, *op. cit.* (la autora entiende, en puridad, que el fundamento del secreto bancario se encuentra en el derecho a la intimidad del cliente, pero que su teoría no es incompatible con la que considera el secreto bancario como secreto profesional, puesto que a su juicio el fundamento jurídico de éste es también la protección de la intimidad privada, aunque concurren otros intereses dignos de protección); BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, y BLANCO CORDERO, *Responsabilidad penal de los empleados de Banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999, p. 93; también BLANCO CAMPANA, *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980; p. 242, con relación a aquellos empresarios que, además del derecho al secreto, tienen el deber de secreto, entre los que incluye a los agentes mediadores y a los bancos. Consideran que el fundamento del secreto

ner uno y otro secretos al afirmar que “no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto (el bancario) como la hay del secreto profesional” (fundamento jurídico 11 de la STC 110/1984 de 10 de noviembre).

No obstante, creemos que en la actividad bancaria se dan las notas que tradicionalmente caracterizan al secreto profesional: 1/ En primer lugar, la actividad desarrollada por el profesional debe ser expresiva de una relación de confianza, nota que ha estado presente en la contratación bancaria desde sus orígenes y que pervive en la actualidad, por más que se haya llegado a hablar de una “objetivación de la confianza” en el sentido de que se proyecta más sobre las características de la organización de la empresa que sobre la personalidad del banquero; 2/ En segundo lugar, el recurso al profesional debe resultar obligado. En el caso de la actividad bancaria esta necesidad es evidente tanto desde un punto de vista económico (intermediación en el crédito y prestación de servicios de pagos) como jurídico. Así, existen numerosos supuestos en los que la ley exige la intervención de una entidad bancaria para la verificación de determinadas operaciones (11). Otras veces el recurso a la entidad credi-

bancario se encuentra parcialmente en el secreto profesional (en su vertiente de deber del banco) OTERO NOVAS y FERNÁNDEZ COSTALES, “Aspectos de la responsabilidad del banquero por las informaciones a los clientes y de los clientes”, *Estudios Menéndez*, t. III, pp. 3225 y ss. Por su parte, LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 236, estima que en sus orígenes el secreto bancario sí podía ser considerado como el secreto profesional de los banqueros como profesionales, ya que la actividad bancaria estaba netamente personificada en los banqueros.

(11) La legislación societaria exige, en numerosas ocasiones, el recurso a las entidades de crédito, por ejemplo, para la constitución de sociedades a través de aportaciones dinerarias (así, los arts. 40.1 del RD Legislativo 1.564/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 19.3 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como sus concordantes del Reglamento del Registro Mercantil –132.1 y 189.1, respectivamente– exigen que se acredite la realidad de las aportaciones mediante exhibición y entrega de sus resguardos de depósito a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, o mediante su entrega al notario para que los constituya a nombre de aquélla); en el caso de que en la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales el pago de la totalidad del pago del precio estuviere aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado (art. 29.2.d) de la Ley 2/1995); a falta de acuerdo con el acreedor sobre una garantía, la reducción del capital social no podrá llevarse a efecto sino con la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito (art. 166.3 de la Ley de Sociedades Anónimas). Los ejemplos de obligatoriedad de la vía bancaria se multiplican: realización de cobros y pagos entre residentes y no residentes o realización de transferencias al o del exterior (art. 5.1 del RD 1.681/1991), utilización de cheques (art. 106.3 de la Ley Cambiaria y del Cheque), pago de las deudas a la Seguridad Social (art. 56 de la OM de 26 de mayo de 1999), constitución de fianzas notariales (art. 2 de la OM de 20 de marzo de 1997), pago de derechos de examen para el acceso a la función pública (cfr., por ejemplo, la OM 1.596/1990, de 16 de julio, que establece las normas de acceso de aspirantes al ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez).

ticia o financiera resulta en la práctica casi obligado. Así sucede con la domiciliación de pagos, el cobro de salarios o el uso de tarjetas de crédito. En numerosas ocasiones, además, el poder público convierte a estas entidades en colaboradoras para el ejercicio de sus funciones (y ello es así desde los orígenes de la actividad bancaria), como por ejemplo, para la presentación de las declaraciones del impuesto sobre la renta, para el cobro de impuestos o para la consignación judicial de una cantidad con vistas a asegurar el resultado de un litigio; 3/ La actividad en cuestión debe encontrarse jurídicamente reglamentada, requisito que no merece mayor comentario habida cuenta del amplio elenco de normas que regulan el estatuto jurídico de las entidades de crédito; 4/ Es necesario que el cliente deba revelar algún secreto para el correcto ejercicio de la actividad del profesional, requisito también presente en la actividad bancaria (pensemos en los datos que deben comunicarse para la obtención de un préstamo, en los movimientos de una cuenta corriente, que según se ha observado “constituyen la biografía personal en números” del cliente, etc.).

Por otro lado, una de las razones que se han esgrimido para negar que el secreto bancario se pueda considerar como un secreto profesional radicaba en la afirmación de que en todo caso, la nota de profesionalidad resultaría inaplicable a los empleados, no banqueros, que desempeñan sus funciones en la entidad. Pero a esto hay que objetar que por encima de la profesionalidad del empleado de Banca estaría la de la Banca en general. Precisamente en este sentido están empezando a orientarse los ordenamientos vecinos, donde comienza a afirmarse la existencia de unos auténticos *deberes generales de las entidades de crédito en el ejercicio de su actividad profesional*. Entre estos deberes suelen incluirse el de información, el de consejo, el de aviso sobre la existencia de determinados riesgos y el secreto bancario (12). Esta construcción está empe-

(12) A la hora de justificar la existencia de tales deberes se recurre a fundamentos variados, aunque, en último término, se acaban reconduciendo a las notas de buena fe y confianza presentes en los contratos bancarios. Así, un sector de la doctrina alemana (cfr. BAUMBARCH-HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 29.^a ed., Verlag C. H. Beck, Munich, 1995, pp. 1131 y ss., y ENSTHALER, *Gemeinschaft Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 5.^a ed., Luchterhand, Berlín, 1997, pp. 1636 y ss.) parte de la consideración de que cuando el cliente acude a una entidad de crédito solicitando sus servicios, normalmente no desea concluir un único contrato, sino establecer una relación negocial duradera, bajo la cual se desarrollarán posteriormente los singulares contratos bancarios. Se habla entonces de la existencia de un “contrato bancario general” (*allgemeines Bankvertag*) presidido por la mutua confianza, de la que surgen una serie de deberes para la entidad crediticia, denominados deberes de protección. Tal “contrato general” originaría una responsabilidad fiduciaria de la entidad de crédito, lo que da lugar a unos deberes de protección a favor del cliente (*Schutzpflichten*) entre los que se incluye el de mantener el secreto sobre las relaciones con la clientela. Para otros autores (como CANARIS, *Banksvertragsrecht*, Walter de Gruiter, Munich, 1975, pp. 8 y ss.), ha de acudirse, en cambio a “las relaciones deu-

zando a encontrar eco en nuestro país, y en este sentido, ya se ha planteado la existencia de un deber general de informar a cargo de las entidades de crédito. La jurisprudencia no ha llegado todavía a una formulación clara de deberes generales de las entidades de crédito, pero sin embargo, sí asistimos a una paulatina tipificación jurisprudencial de lo que constituyen deberes de actuación diligente por parte del banco, lo que podría dar lugar, a la larga y a semejanza de lo sucedido en otros países, a la formulación de unos deberes generales de conducta extraídos de las sucesivas decisiones jurisprudenciales.

3. Regulación del secreto bancario en España

Del derecho y deber de discreción del banquero es posible encontrar huellas (más o menos claras, en función de las fuentes que han podido llegar hasta nosotros) en todas aquellas épocas en que la actividad bancaria alcanzó cierta importancia (13). Asimismo, si atendemos al Derecho

doras sin deber de prestación previa” (*Schuldverhältnissess ohne primäre Leistungspflicht*) de los que surgen determinados deberes de conducta. Así, sólo en virtud de la relación Banco-cliente el Banco tiene conocimiento del secreto y la posibilidad de actuar de divulgar la información, ocasionando daños a su cliente. De esa posibilidad de actuar sobre el bien jurídico de la otra parte en base a la correspondiente relación de confianza es de donde surgiría la obligación de indemnizar. También en los manuales franceses de Derecho Bancario es habitual la exposición sistemática del secreto bancario dentro del apartado correspondiente a los deberes generales del banquero (*vid.*, por ejemplo, RIVES-LANGUE y CONTAMYNE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6.ª ed., Dalloz París, 1995, pp. 154 y ss., BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchestien, París, 1994, pp. 223 y ss., y GAVALDA-STOUFFLET, *Droit du crédit*, t. I, Litec, París, 1990, pp. 377 y ss.).

(13) Frente a un grupo de autores que entienden que no puede hablarse del secreto bancario en sentido propio hasta los albores del siglo xv, con la aparición en nuestro entorno cultural de los Bancos de depósito y giro, otro sector trata de buscar unos antecedentes de la institución mucho más antiguos, remontándose a los orígenes mismos de la actividad bancaria, que se sitúa en los primeros templos de la antigüedad. El carácter misterioso y oculto que presidiría las actividades allí desarrolladas daría lugar a una discreción presente también en los negocios bancarios. Más adelante, los discursos de DEMÓSTENES (cfr. especialmente, “Discurso contra Calipo”) e ISÓCRATES (en especial “Sobre un asunto bancario”), que nos dan a conocer las prácticas bancarias griegas, han permitido deducir la existencia en Grecia del secreto bancario, pues los contratos eran celebrados sin la presencia de testigos, correspondiendo por ello al banquero (*trapezita*) la función de redactar el contrato que luego pasaba a sus registros, por ello los libros del *trapezita* habrían de servir de prueba. Donde ya aparece contemplada la institución del secreto bancario en una fuente de carácter jurídico es en Roma, concretamente en *Gaius I. I ad ed. Provinciale*, Digesto, 2.13.10.2, donde se autoriza a cada uno a examinar y copiar exclusivamente aquella parte de las cuentas necesaria para instruirse, negando el derecho a inspeccionar y copiar todas las hojas. Tras la caída del Impero Romano de Occidente la economía y el comercio en Europa, como consecuencia también la actividad bancaria, sufren un retroceso que se prolonga hasta la Baja Edad Media. A partir del siglo xv vuelven a encontrarse huellas del secreto bancario (concretamente en el Capítulo de los Hebreos florentino

Comparado, puede comprobarse cómo la institución está presente en la mayoría de los ordenamientos, variando en su extensión, eso sí, en función de los distintos límites impuestos. Pero realizada esta constatación surge inmediatamente la necesidad de delimitar el régimen jurídico de esta institución en el ordenamiento español, lo que obliga a identificar, en primer lugar, como no puede ser de otro modo, la normativa que lo contempla.

La nota más característica de la regulación del secreto bancario, y de la contratación bancaria en general, en nuestro país, es la dispersión normativa. En primer lugar, puede afirmarse que no existe una norma que de manera explícita se encargue de regular el deber de secreto. La base legal del secreto bancario en España, se encuentra, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 110/1984 y en otras posteriores, en el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución. Pero a partir de ahí, las normas que de alguna manera afectan a la institución, generalmente suponen limitaciones del deber de secreto o bien surgen como consecuencia de tales limitaciones, trasladando el deber de sigilo a otro sujeto que, por virtud de algún mandato legislativo, ha venido a tener conocimiento de informaciones cubiertas por el secreto bancario. No hay ningún precepto que establezca que los bancos están sujetos al deber de discreción en relación con las operaciones efectuadas por la clientela (14), si exceptuamos lo dispuesto en

de 1448, en las Instrucciones del Papa a Lorenzo de Médicis en relación a los Montes de Piedad), y, poco a poco en los estatutos de los Bancos (el de San Ambrosio de Milán, los del Banco de Hamburgo, etc.). En la legislación española del Antiguo Régimen no se encuentran referencias directas al secreto bancario, aunque sí aparece reconocida la prohibición de pesquisar de forma general los libros del comerciante, entre ellos, el banquero (Real Despacho del Consejo de Castilla de 14 de diciembre de 1745, recogido en la Novísima Recopilación, Lib. IX, tít. IV, Ley 15 y en las Ordenanzas de San Sebastián) y que pasará luego a los Códigos de Comercio de 1829 y 1885. Es a partir de mediados del siglo XIX cuando poco a poco en las diversas legislaciones nacionales van apareciendo menciones expresas al secreto bancario: así, se utiliza por primera vez la expresión secreto bancario "Bankgeheimnis" en el párrafo 113 de la Ordenanza Prusiana sobre la Banca de 1846; el artículo 40 del Decreto francés de 7 de octubre de 1890 dispensa a los agentes de cambio de testificar en las jurisdicciones civiles o comerciales y los Estatutos del Banco de España contemplan desde 1856 el secreto bancario en todas sus redacciones.

(14) Durante mucho tiempo se intentó extraer la obligación de discreción de la banca a partir del artículo 23 de los Estatutos del Banco de España, en cuya virtud se prohibía al banco facilitar noticia alguna de los fondos que tenga en cuenta corriente, depósito o cualquier otro perteneciente a persona determinada, a no ser al propio interesado, a su representante legal o en virtud de providencia judicial. El problema se centraba en la aplicabilidad de este precepto a la Banca privada. GARRIGUES defendía dicha aplicabilidad en base a la STS de 28 de noviembre de 1928, según la cual era aplicable a los bancos privados la regulación de los contratos efectuada en el Reglamento del Banco de España (la sentencia, es en realidad, de 19 de noviembre de dicho año). Pero al margen de este pronunciamiento jurisprudencial, creemos que el deber de secreto contenido en el artículo 23 de los Estatutos del Banco de España podía

el artículo 53.4 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Régimen Económico y Fiscal de Canarias, precepto que opera sólo en la Zona Especial Canaria (15).

En consecuencia, una exposición sobre el Derecho Español en materia de secreto bancario, es, fundamentalmente, una exposición sobre sus límites; límites que aparecen contemplados en los más diversos sectores de nuestro ordenamiento, unas veces de forma explícita, y otras, las más, implícitamente.

Los límites más claros al deber de secreto bancario aparecen casi siempre en relación a algún organismo de derecho público, a cuyo favor se establece un deber de colaboración de la entidad financiera, debiendo ésta acceder a proporcionar la información que le sea solicitada o incluso facilitar periódicamente determinados datos sin necesidad de requerimiento al efecto. Pues bien, los supuestos más relevantes de levantamiento del secreto bancario frente al poder público, se establecen, en nuestro país, frente a los siguientes sujetos:

— *La Administración de Justicia.* De acuerdo con los artículos 118 CE y 17 LOPJ, todos deben colaborar con los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Si nos fijamos en el proceso penal, el banquero estará obligado, aunque ello suponga un levantamiento del secreto bancario, a denunciar los delitos públicos que presencie o de los que tenga conocimiento, pues no le afectan las excepciones a la obligación de denunciar que establece el artículo 263 LE Crim. Durante la fase de instrucción, podrá ser llamado a declarar como testigo, al no serle tampoco aplicables las dispensas del deber de testificar de los artículos 416 y 417 de la misma ley, y podrá ser obligado a la exhibición de libros o papeles (art. 575). En la fase de juicio oral, también podrá ser llamado a declarar como testigo.

En cuanto al proceso civil, la intervención de un banquero en la causa

muy bien extenderse a la Banca privada por elementales razones de analogía, al menos hasta la reforma de 1962, fecha de la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca y del RD de Nacionalización y Reorganización del Banco de España. Tras esta fecha, prohibida como norma general la realización de operaciones con particulares y convertido el Banco de España en un auténtico Banco central, resulta difícil poder hablar de analogía. De este modo, entendemos que el actual artículo 6 del RD Legislativo 1.298/1986 de 28 de junio, según la modificación efectuada por la L. 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores, no contempla un secreto bancario, sino un secreto funcional.

(15) “*El régimen de secreto bancario, al amparo del que se realizarán las actividades y operaciones de las entidades de crédito radicadas en la Zona Especial Canaria, obligará a dichas entidades a no revelar información relacionada con las operaciones que efectúen o con la identidad de sus clientes*”. A continuación, el precepto enumera una serie de supuestos en los que sí será procedente, sin embargo, proporcionar dicha información.

podrá tener lugar en la exhibición de documentos que obren en su poder (o en la de sus propios libros de comercio), en una declaración testifical y en la práctica de embargos sobre bienes que el ejecutado tenga depositados en la entidad.

Por lo que se refiere a la exhibición documental, el artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, salvo lo dispuesto en la propia ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad exclusiva cuando, pedida por una de las partes, el juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia. Para oponerse a la exhibición el banquero podría alegar su deber de secreto profesional, pero la decisión final corresponderá al órgano judicial. De manera análoga, en el caso de ser llamado a testificar, podría el banquero poner de manifiesto su deber de mantener el secreto bancario, también supeditado a lo que decida el juez o tribunal en el caso concreto. Efectivamente, el artículo 327 de la nueva ley procesal civil establece que cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo queda liberado de responder, se hará constar así en el acta.

Las entidades de crédito están llamadas, por último, a desempeñar un papel fundamental en el trámite de localización de bienes para el embargo. El artículo 590 de la LEC establece expresamente el levantamiento del secreto bancario, disponiendo que, a instancia del ejecutante que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el tribunal acordará, por providencia, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas para que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. El tribunal no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo o a través de su procurador debidamente facultado al efecto por su poderdante.

— *La Administración Tributaria.* El establecimiento de deberes de colaboración con la Administración Fiscal es consecuencia de la obligación de contribuir al sostenimiento del gasto público de conformidad con el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE). De todos los deberes de colaboración de las entidades financieras resultan de especial interés

los que obligan a facilitar información sobre sus clientes (16). Pues bien, en la fase de inspección tales deberes se detallan en los artículos 111 de la Ley General Tributaria (según la redacción dada por la L. 25/1995, de 20 de julio) y en los artículos 37 y 38 del Reglamento General de Inspección de Tributos (RD 939/86 de 25 de abril). De estos artículos se deduce la existencia de dos tipos distintos de deberes informativos: el de cumplir los requerimientos individualizados de información que realicen los órganos competentes de la Administración Tributaria y el de suministrar periódicamente determinados datos derivados de su relación con la clientela, sin necesidad de que medie requerimiento previo (17).

También en la fase de recaudación deben las entidades crediticias facilitar información a la Administración Tributaria; de ello se ocupan el artículo 132 de la Ley General Tributaria, los artículos 113 y siguientes del Reglamento General de Recaudación y, por lo que se refiere a la cooperación en esta materia con otros Estados de la Unión Europea, el RD 1.068/1988, de 16 de septiembre, por el que se desarrollan determinadas directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación (desarrollado por OM de 9 de octubre de 1989).

— *El Banco de España.* Efectivamente, nuestro Banco Central puede acceder al conocimiento de informaciones confidenciales, en primer lugar, como consecuencia del ejercicio de su función supervisora (arts. 7.6 de la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, modificada por la Ley 12/1998 y 43 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En segundo lugar, el acceso a información sobre la clientela puede derivar de las obligatorias comuni-

(16) Otros deberes de estas entidades van desde la colaboración en el embargo de dine-ro existente en cuentas bancarias para el pago de deudas tributarias hasta la colaboración en la gestión recaudatoria.

(17) Sin ánimo exhaustivo, pueden destacarse los siguientes supuestos de información por suministro de las entidades de crédito: 1/ *información sobre retenciones* (arts. 101.1 del RD 214/1999, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, 64.1 del RD 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el reglamento del Impuesto de Sociedades y 30.5 de la L. 41/1998, de 9 de diciembre, sobre la renta de no residentes y normas tributarias); 2/ *información sobre el NIF* (art. 15 del RD 338/1990, de 9 de marzo, sobre regulación del NIF); 3/ *información sobre planes y fondos de pensiones* (arts. 60, 62 y 72 del RD 1.397/1988, de 30 de septiembre, según la redacción efectuada por el RD 2.281/1998, de 23 de octubre); 4/ *información sobre las personas con derecho de uso y disposición sobre la cuenta* (DA 14.ª de la L. 13/1996, de 30 de diciembre y arts. 2 a 4 del RD 2.281/1998, de 23 de octubre); 5/ *información sobre determinadas operaciones con activos financieros* (DA 4.ª de la L. 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto de Sociedades y 5.2 del RD 2.281/1998, de 23 de octubre, por el que se desarrollan determinadas obligaciones de información a la Administración Tributaria); 6/ *información sobre deuda pública* (art. 4 del RD 536/1997 y art. 4 del RD 215/1999, de 5 de febrero); 7/ *información sobre la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas* (art. 66.1 del Reglamento del IRPF).

caciones a la Central de Información de Riesgos (art. 16 de la Ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España, y Circulares 3/1995, de 25 de septiembre, 6/1998, de 29 de mayo y 8/1999 de 27 de julio del Banco de España). Y, por último, no pueden olvidarse las facultades del Servicio de Reclamaciones para acordar las comprobaciones precisas para la obtención de datos y documentos (norma 13.^a de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela).

— *La Tesorería General de la Seguridad Social.* El artículo 36 del Tr. de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio y el artículo 117 del RD 1.637/1995, de 6 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, obligan a las personas o entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuenta, valores y otros bienes de deudores a la Seguridad Social en periodo ejecutivo a colaborar con la Tesorería General de la Seguridad Social, señalándose expresamente que el incumplimiento de estas obligaciones no podrá ampararse en el secreto bancario.

— *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social.* El artículo 11.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social impone unos deberes de colaboración con los funcionarios de este sistema de inspección. Se precisa que estas obligaciones alcanzan a las entidades colaboradoras de los órganos de recaudación de la Seguridad Social y a las depositarias de dinero en efectivo o de fondos en cuanto a la identificación de los pagos realizados con cargo a las cuentas que se señalan en el correspondiente requerimiento, sin que puedan ampararse en el secreto bancario.

— *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación.* El RD Ley 5/1994, de 29 de abril, establece el deber de entregar a estas Comisiones cuantos datos, informaciones, antecedentes o documentos estas requieran en relación con personas que desempeñen o hubieran desempeñado actividades como altos cargos públicos en la Administración, siempre que la investigación tenga un objeto relacionado con el desempeño de aquellos cargos y que tales datos sean imprescindibles, a juicio de la Comisión, para poder desempeñar la función para la que fue creada. Entre los sujetos obligados se menciona expresamente a las entidades de crédito.

— *La Comisión Nacional del Mercado de Valores.* Las entidades de crédito, en cuanto sujetas al régimen de supervisión, inspección y sanción

de la CNMV, deben proporcionar cuantas informaciones les sean solicitadas en relación con las materias objeto de la ley, al tiempo que deben poner a su disposición los libros, registros y documentos que se consideren precisos (art. 84.2 de la Ley del Mercado de Valores). En estas funciones, además, la CNMV podrá colaborar con las autoridades que tengan funciones semejantes en otros estados, en el marco del artículo 90 de la ley. Asimismo, la Comisión puede imponer que hagan pública determinada información sobre sus actividades relacionadas con el mercado de valores (art. 85). En otro orden de cosas, la propia ley se hace eco del peligro potencial de transmisión de información privilegiada en el seno de las entidades crediticias, obligando expresamente a éstas, entre otros sujetos, a adoptar medidas de aislamiento interno (art. 83 de la Ley, RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados, registros obligatorios y Circular 1/1998, de 10 de junio, de la CNMV, sobre sistemas internos de control, seguimiento y evaluación continuada de riesgos).

— *Los organismos encargados de la prevención del blanqueo de dinero.* En este sentido la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su reglamento, aprobado por RD 925/1995, de 9 de junio, establecen la obligación de comunicar al Servicio Ejecutivo aquellas operaciones consideradas como sospechosas de servir al blanqueo de dinero así como facilitar a este Servicio toda la información que le sea requerida en el ejercicio de sus competencias.

— *Las autoridades competentes en materia de control de cambios.* Así, el artículo 5 del RD 1.816/1991 de 20 de diciembre sobre transacciones económicas con el exterior establece una serie de medidas para evitar que las transacciones entre residentes y no residentes sean efectuadas sin control alguno y puedan servir de cauce para la evasión fiscal. Entre ellas se encuentra la obligatoriedad de la vía bancaria para determinadas operaciones, el establecimiento de un deber de proporcionar determinada información por parte del residente para poder efectuar la operación en cuestión, y, en fin, el deber de las entidades bancarias de transmitir dicha información al Banco de España y a los órganos competentes de la Administración del Estado.

— *El Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia.* Mientras que el artículo 29 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, impone el deber de proporcionar la información que sea solicitada por el referido Tribunal, los artículos 32 a 24 de la misma ley

(según la modificación efectuada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) establecen en relación al Servicio de Defensa de la Competencia, además de este genérico deber de colaboración, amplias facultades de investigación e inspección, incluido el examen, obtención de copias o realización de extractos de libros y documentos, incluso los de carácter contable.

Las entidades de crédito deben, asimismo, colaborar con *los auditores de cuentas* en el ejercicio de sus funciones (18) y hacer públicos determinados datos de los clientes en las situaciones de *abandono de depósitos y cuentas* (19).

De manera correlativa al establecimiento de excepciones al secreto bancario, resulta necesario fijar las correspondientes garantías en la actuación de la administración, trasladando, por ejemplo, el deber de secreto a aquellos sujetos que en el desempeño de sus funciones han venido a tener conocimiento de datos cubiertos por el secreto profesional de la banca, o estableciendo un procedimiento especial para formular determinados requerimientos de información, como ocurre con el artículo 111.3 de la LGT en relación a los movimientos de cuentas corrientes. Cosa distinta es que tales límites a un derecho fundamental sean, en todos los casos, los más adecuados.

Finalmente, no cabe olvidar que el empleo de la informática en la contratación, también en la contratación bancaria, puede llegar a vulnerar, si es utilizada de forma abusiva, el derecho a la intimidad del cliente y el derecho a la protección de sus datos personales (pensemos por ejemplo, en la cesión de las informaciones sobre los clientes contenidas en las bases de datos de una entidad de crédito). Por ello, en el régimen del secreto bancario hay que tener muy en cuenta la incidencia de la normativa sobre protección de datos personales, especialmente, la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, sobre *normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal* (20). Ahora bien, conviene matizar que no toda la

(18) Artículo 13 de la Ley 19/1988 de Auditoría de Cuentas y 43 de su Reglamento.

(19) Efectivamente, el artículo 29.2 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, declara abandonados por su titular, y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad; régimen que es aplicable también a los saldos de cuentas corrientes abiertas en las referidas entidades. Pues bien, para la declaración de abandono el RD Ley de 24 de enero de 1928 establece una serie de excepciones al secreto bancario, como la publicación de los oportunos anuncios en la *Gaceta de Madrid* y en los diarios de la localidad para el llamamiento a titulares o herederos de los depósitos o cuentas, o la oportuna comunicación a la Delegación de Hacienda.

(20) Otras normas de interés en relación con el tema que nos ocupa son las Instrucciones de la Agencia de Protección de datos de 1 de marzo de 1995, sobre prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y de crédito, la de 4 de mayo del mismo año

materia cubierta por el secreto bancario queda, al mismo tiempo, protegida por el radio de acción de esta normativa. Así ocurre, por ejemplo, con los datos correspondientes a las personas jurídicas, a quienes no resulta de aplicación la mencionada ley (en la que se define al “afectado” o “interesado” como la persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento). Por otra parte, La Ley de Protección de Datos Personales protege a los ciudadanos de las intromisiones en la intimidad causadas exclusivamente por medio del abuso en el empleo de los métodos informáticos, mientras que el secreto bancario ampara las violaciones contra ese mismo bien jurídico pero cometidas por cualquier medio.

Pero si la evolución del secreto bancario está marcada por la progresiva reducción de su ámbito de aplicación frente a la autoridad pública, puede afirmarse que, hoy en día, la operatividad fundamental de la institución se sitúa en el terreno de las relaciones entre particulares. Teniendo en cuenta que no existe una normativa que de manera directa y expresa determine si una entidad financiera debe comunicar informaciones sobre un cliente cuando el solicitante de dicha información es un simple particular o si, por el contrario, debe oponer el secreto bancario, serán respectivamente las disposiciones del Derecho de familia, de sucesiones, las normas sobre capacidad, sobre representación en las sociedades, etc., las que habrá que tomar en consideración en cada caso concreto. Ejemplo de ello nos ofrece el estudio del régimen jurídico del secreto bancario en las relaciones económicas entre los cónyuges y en los supuestos sucesorios, que pasamos a analizar en los apartados siguientes.

sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal y la de 19 de enero de 1998, que desarrolla la regulación sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en ficheros automatizados. Tampoco conviene perder de vista el artículo 19 del Reglamento Interno del Banco de España (aprobado por resolución de 28 de marzo de 2000) que, al tiempo que recuerda la obligación de tener presentes las disposiciones sobre tratamiento de datos de carácter personal en las informaciones, que obrantes en el Banco, afecten a este tipo de datos, impone a este organismo el deber de dictar las pertinentes instrucciones que regulen el tratamiento de los datos existentes en la entidad. Por lo que se refiere a la protección de datos personales en las autopistas de la información, hay que tener en cuenta la Recomendación n.º R (99) 5 del Consejo de Europa de 23 de febrero de 1999, sobre la protección de la vida privada en Internet, así como la Recomendación n.º R (90) 19 del mismo organismo sobre protección de datos de carácter personal utilizados con fines de pago y otras operaciones conexas, adoptada el 13 de septiembre de 1990. En el ámbito comunitario y sobre esta materia se ha dictado la Recomendación de 8 de diciembre de 1987 en la que se establece un código de buena conducta en materia de pago electrónico.

4. El secreto bancario en las relaciones económico matrimoniales

A. Planteamiento.

Como es sabido, nuestra Constitución en su artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley. Conforme con ello, el artículo 66 del Código civil proclama que el marido y la mujer son iguales en deberes y en derechos. Efectivamente, tras las reformas de 2 de mayo de 1975 y 13 de julio de 1981, ambos cónyuges tienen plena capacidad para realizar todo tipo de negocios y contratos, incluidos, por supuesto, los bancarios (21). Más específicos en este punto que el Código civil español resultan el francés y el portugués, en cuanto afirman expresamente la autonomía bancaria de los esposos. En efecto, el artículo 221 del Código civil francés, según la redacción dada tras la reforma de 13 de julio de 1965, dispone que cada esposo puede hacerse abrir, sin el consentimiento del otro, cuentas y depósitos de valores a su nombre personal. Frente al depositario, se presume que el depositante tiene, incluso tras la disolución del matrimonio, la libre disposición de los bienes y los títulos en depósito (22). Paralelamente, el artículo 1.680 del Código civil portugués dispone que cualquiera que sea el régimen de los bienes, podrá cada uno de los cónyuges hacer depósitos bancarios a su nombre exclusivo y manejarlos libremente.

Puesto que cada cónyuge puede estipular libremente contratos con una entidad bancaria, resulta forzoso preguntarse si el deber de sigilo del Ban-

(21) Cfr. LACRUZ BERDEJO, "Algunos aspectos (más o menos mercantiles) de la reforma del régimen económico del matrimonio", *RDBB*, 1982, p. 538; LAUROBA LACASA, "Cuentas corrientes bancarias y régimen económico matrimonial", *Contratación bancaria*, coord. por del Pozo Carrascosa y Díaz Muyor, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998, p. 427, y *Manual jurídico de las operaciones bancarias*, Banco Central Hispano, 3.ª ed., Madrid, 1997, t. I, p. 112.

(22) La autonomía bancaria de los esposos ha sido reafirmada recientemente por la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 3 de julio de 2001 (publicada en *Rev. Dr. bancaire*, 2001, p. 280). La entidad de crédito pretendía eximirse de su responsabilidad por la entrega de unos títulos al cónyuge del titular de una cuenta de ahorro, alegando que como los títulos que figuraban en la cuenta abierta a nombre de uno de los esposos tenían carácter ganancial, su empleo por el otro cónyuge debía reputarse realizado en interés de la comunidad. Frente a esta argumentación recuerda la *Cour de cassation* que si bien cada uno de los cónyuges puede administrar los bienes comunes, el artículo 221 del Code civil les faculta para abrir una cuenta personal sin el consentimiento del otro, a lo que añade que el banquero depositario no puede restituir los fondos depositados más que a aquél a cuyo nombre se ha constituido el depósito o ha sido facultado por éste para recibirlo. La sentencia ha sido acogida favorablemente toda vez que rompe con el precedente en sentido contrario sentado por la sentencia del mismo tribunal de 11 de junio de 1991. Por lo demás, como recuerda la sentencia de la *Cour de Cassation* de 21 de noviembre de 2000 (*Rev. dr. bancaire*, 2001, p. 10) el artículo 221 del Code no afecta más que a las relaciones entre el cónyuge depositante y el banco depositario, y no a las relaciones entre los cónyuges relativas a las sumas o valores depositados en la cuenta abierta a nombre de uno solo de los cónyuges.

co puede verse, en alguna medida, afectado por la situación matrimonial del cliente. Entendemos que para dar respuesta a esta cuestión es preciso diferenciar las diversas hipótesis que pueden plantearse en la práctica. Efectivamente, no sólo habrá de tenerse en cuenta el régimen matrimonial que en cada caso regule las relaciones económicas de los cónyuges, sino también las distintas situaciones posibles en la titularidad de la cuenta.

B. Supuestos de cotitularidad.

En primer lugar, ha de pensarse en el supuesto de cotitularidad en la cuenta. Tal cotitularidad puede ser conjunta (o indistinta) o mancomunada. En el primer caso, cualquiera de los cónyuges puede disponer de la cuenta de forma individual, en el segundo, por el contrario, es necesario el consentimiento de ambos (23). Ante un supuesto de titularidad plural, en general, lo habitual es que la información sobre la misma se remita a uno de los cotitulares, normalmente el designado para ello en el contrato (24).

(23) Sobre la frecuencia con la que se acude a la utilización de este tipo de cuentas entre cónyuges (independientemente de cual sea su régimen económico matrimonial) *vid.* MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 1993, p. 20, nota 14; DAUCHY, "L'influence du droit civil sur le droit bancaire", *RTDCom*, 1986, p. 13, y HERAS HERNÁNDEZ, *Los sujetos en el contrato de depósito*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 280. ALAGNA, *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*, Cedam, Padova, 1988, pp. 116 y ss., advierte sobre la utilidad de este mecanismo de las cuentas indistintas (a nombre no sólo del empresario y su cónyuge, sino también de otros familiares) en los casos de empresas familiares. En contraste con el frecuente recurso a este instrumento, sólo en algunas condiciones generales de cuentas corrientes se realiza una mínima referencia a las cuentas indistintas abiertas por un matrimonio, incluyéndose la siguiente cláusula: "En el caso de apertura de cuenta indistinta a nombre de esposos cuyo régimen matrimonial atribuya la administración de los bienes a uno sólo de ellos, se entenderá concedida al otro cónyuge la autorización o licencia precisa para disponer de la misma sin limitación".

(24) Ya lo entendía así el artículo 11 de las Normas Bancarias Uniformes redactadas por la Asociación Bancaria Italiana de 1952 sobre el depósito en cuenta corriente: "*Cuando la cuenta está encabezada por más de una persona, las comunicaciones, las notificaciones y los extractos de cuenta, a falta de acuerdo especial, pueden hacerse por la Entidad de Crédito a uno sólo de los cotitulares, y son operativos, a todos los efectos también frente a los otros. La persona autorizada para representar a los cotitulares debe ser nombrada por escrito de todos. La revocación de la facultad de representación podrá hacerse también por uno sólo de los cotitulares, mientras que la modificación de la facultad deberá hacerse por todos. Por lo que concierne a la forma y efectos de la revocación, modificación y renuncia vale lo establecido en el segundo apartado del artículo 1. Las otras causas de cese en la facultad de representación, tendrán efecto también si son relativas a uno sólo de los cotitulares. En todo caso se aplicará lo dispuesto en el apdo. 3 del artículo 1*". La misma disposición se repite para los depósitos en cuenta corriente y para los depósitos de títulos y valores en simple custodia. El texto se mantiene en el artículo 12 de las "Normi per i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi", dadas por la ABI el 3 de febrero de 1995 y en el número 8.4 de la Circular de la misma entidad de 26 de junio de 2000 (Protocolo de entendimiento con las asociaciones de consumidores, publicado en *BBTC* 2000-I, pp. 660 y ss.).

Pero no por ello quedan los demás privados de la facultad de pedir la información que crean oportuna sobre la marcha de la cuenta (25), incluso aunque se trate de un cotitular que no ostente la propiedad real de los fondos (26). De este modo, puede afirmarse que el secreto bancario no es oponible entre los distintos cotitulares (27).

El fundamento de esta afirmación resulta evidente cuando se trata de cuentas indistintas. Si la esencia del pacto de solidaridad, que está en la base misma de este tipo de cuentas, reside en el hecho de que cada uno de los titulares puede *disponer* de la totalidad del saldo, siguiendo la regla *a maiore ad minus*, parece lógico entender que quien tiene facultades para la disposición de los fondos de la cuenta, las tenga también para *pedir la información* sobre la misma. En los casos de las cuentas mancomunadas, en cambio, las disposiciones de fondos deben efectuarse con el concurso de todos los cotitulares. Ahora bien, la apertura de cuentas mancomunadas obedece a una comunidad de intereses, por lo que parece difícil que el Banco pueda rehusar dar la información que pida uno sólo de los cotitulares mancomunados (28). Las diferencias entre cuentas conjuntas y mancomunadas se refieren únicamente a la forma de disposición sobre la cuenta, por ello, puede afirmarse que el concurso de todos los cotitulares es necesario *sólo* para la retirada de fondos, pero no para efectuar ingresos (29) o para un simple acto de administración cuál es pedir información sobre la cuenta.

No obstante lo anterior, la doctrina coincide en señalar que la información que puede facilitarse a los cotitulares tiene como límite la cuen-

(25) En este sentido afirma MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 171, que el Banco está obligado respecto a todos y cada uno de los cotitulares –aún siendo la cuenta conjunta– a facilitarles cuanta información requieran sobre el estado de la cuenta y los movimientos que en ella se hayan producido, con independencia de la comunicación periódica de los extractos de cuenta, con indicación de los asientos de cargo y abono y las liquidaciones semestrales de intereses que efectúa normalmente todo Banco en cada cuenta.

(26) Cfr. AUBERT-KERNEN-SCHÖNLE, *El secreto bancario suizo*, EDERSA, Madrid, 1990, p. 261.

(27) No puede considerarse la cotitularidad de una cuenta como supuesto análogo al de la copropiedad de acciones (art. 66 LSA) o de participaciones (art. 35 LSRL), donde los copropietarios vienen obligados a designar a uno de ellos para que ejercite los derechos derivados de la acción o participación, quedando los demás cotitulares sin legitimación para ejercitar el derecho de información (cfr. PANTALEÓN PRIETO, “Copropiedad, usufructo, prenda y embargo”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigidos por URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1992, p. 49). En el caso que nos ocupa, en cambio, los cotitulares de una cuenta (que no tienen por qué ser copropietarios de los fondos) tienen idénticas facultades para el ejercicio de los derechos.

(28) Cfr. GAVALDA-STOUFFLET, *JCC-Banque-Crédit*, t. I, 140, p. 14, y SALANITRO, “El secreto bancario”, *Giur. Comm.*, 1977-I, p. 80.

(29) En igual sentido, MÓXICA ROMÁN, *La cuenta corriente bancaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 164.

ta misma. De ese modo, nada se podrá decir, por ejemplo, sobre el destino de los fondos retirados por el cotitular (30).

En resumen, no parece, en principio, que de tratarse de una cuenta de la que sean cotitulares ambos cónyuges (ya sea esta titularidad conjunta o mancomunada) exista alguna especialidad por el hecho de que los cotitulares estén ligados por el vínculo matrimonial. Cada cónyuge, entendemos, tiene un derecho de información sobre todas las operaciones de la cuenta. El problema que surge con mayor frecuencia en relación con estas últimas es el de la posibilidad de ordenar el bloqueo de las mismas a instancias de uno sólo de los esposos, problema diferente del originado por el secreto bancario.

C. Supuestos de titularidad exclusiva de la cuenta.

El verdadero problema del secreto bancario en las relaciones económico matrimoniales se plantea, como es obvio, cuando una cuenta es de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges. Según expusimos en el apartado anterior, el secreto bancario puede verse levantado bien por el consentimiento de su titular (31) o bien por disposición de ley. Efectivamente, el titular bancario (o “dueño del secreto”) puede haber conferido a su cónyuge un apoderamiento, aunque ninguno de los cónyuges pueda atribuirse la representación del otro sin que le haya sido conferida (art. 71 C.c.). En este caso, la inoponibilidad del secreto bancario al cónyuge del titular deriva no de su situación matrimonial, sino de su condición de apoderado del titular, hipótesis que entra de lleno en la excepción al secreto bancario basada en el consentimiento del cliente. Puesto que la extensión del poder de representación es distinta según los casos, también la información que puede facilitar la entidad de crédito diferirá de un supuesto a otro, correspondiendo al Banco la tarea de examinar en cada caso si las noticias pedidas guardan relación con los poderes conferidos por el representante (32). En general se admite que es suficiente para que el secreto bancario sea inoponible al representante con que éste cuente con un poder general o con un poder para realizar determinadas operaciones por cuenta del cliente, no siendo necesario un poder específico

(30) En este sentido, MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 171; EMBID IRUJO, *La cuenta corriente bancaria en el marco de la contratación de las entidades de crédito*, cit., p. 314; BOUTELLIER, *op. cit.*, p. 8; AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, pp. 261 y ss., y GAVALDA y STOUFFLET, *loc. ult. cit.*

(31) Ya en el Digesto (2.13.6.5) se consideraba habilitado al mandatario para solicitar al *argentarius* la exhibición de cuentas de su mandante.

(32) Cfr. SANTINI, “Note sul segreto bancario”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1949, p. 661, y GIANFELICI, *Il segreto bancario. Norme civile, penale e fiscali*, Giuffrè ed., Milán, 1996, p. 254.

para acceder a la información bancaria del representado (33). Ahora bien, a semejanza de lo que ocurre en otros supuestos de levantamiento del secreto bancario (v. gr. frente a los sucesores o a los síndicos) no procederá la comunicación de los llamados “hechos personalísimos” del cliente, salvo que la misma sea imprescindible para que el apoderado pueda realizar las tareas que tiene encomendadas (34).

Algo parecido ocurrirá en aquellos supuestos en los que, en lugar de haberse otorgado un apoderamiento, se haya conferido al otro cónyuge la cualidad de “autorizado” para disponer de la cuenta como si fuese el propio titular (35). Si se tiene autorización para lo más (disponer) es evidente que debe tenerla para lo menos (solicitar información).

En supuestos muy concretos, uno de los cónyuges puede tener atribuida la representación legal del otro. Como es sabido, la representación legal de uno de los cónyuges puede ser conferida al otro en los casos de desaparición (art. 181, párrafo 2.º del C.c.), declaración de ausencia (art. 184.1) y minoría o incapacidad (art. 234.1). La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá entonces por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante leal de su consorte (art. 1.387 C.c.). Idénticos derechos de información deberá tener, lógicamente, el cónyuge al que se le hubiera atribuido la administración de la sociedad de gananciales cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado a la familia o existiese separación de hecho (arts. 1.388 y 1.389). En estos casos, es la propia ley la que establece un límite al mantenimiento del secreto bancario.

Ahora bien, al margen de los supuestos anteriores, ¿puede uno de los esposos dirigirse al Banco para interesarse por el estado de la cuenta de

(33) Sin embargo, esta exigencia existe en algunos ordenamientos, como el libanés, en el que el artículo 2 de la Ley de 3 de septiembre de 1956 prescribe la obligatoriedad de la forma escrita para la autorización del cliente a la revelación.

(34) Cfr. JAGMETTI, “Il segreto bancario in Svizzera”, *Dir. Fall.*, 1969-I, p. 402, y SECCHI TARUGUI, “In tema di segreto bancario (Note sent. Corte Suprema di Cassazione, 18-VII-1974)”, *For. it.*, 1975-I, p. 1463. Como ejemplo de informaciones que no se pueden comunicar a los colaboradores ponen GAVALDA y STOUFFLET, *loc. ult. cit.*, los casos de operaciones no registradas sino de negocios particulares en los que el banquero ha intervenido o ha tenido conocimiento, como la toma de participación, o la cesión de empresa o de mayoría, la introducción de acciones en Bolsa (sobre todo si tales negocios están en fase de negociación o de preparación).

(35) Como indica MÓXICA ROMÁN, *op. cit.*, p. 143, el documento privado de autorización puede ser una carta que dirige el cuentacorrentista al banco, o bien, más frecuentemente, un impreso de autorización que tiene cada entidad bancaria y que suscribe el cuentacorrentista, firmando además el autorizado en la cartulina de firmas relativa a la cuenta, al objeto de que quede oportunamente registrada su firma, como una más de las que pueden operar en la cuenta.

la que es titular exclusivo el otro sin el consentimiento de éste? Para responder a esta cuestión es necesario referirse a los distintos tipos de regímenes económico matrimoniales existentes.

a) *Regímenes de comunidad de bienes* (36).

La problemática de la oponibilidad del secreto bancario entre cónyuges resulta más compleja en los regímenes comunitarios, ya que en ellos se entremezclan cuestiones referentes a diversos planos: el de la naturaleza (privativa o ganancial) de los fondos (o deudas) existentes en una cuenta; el de la administración de la comunidad y el de la persona que haya concluido el contrato bancario. El eventual derecho del cónyuge del cliente de una entidad de crédito a solicitar información directamente del Banco suscita, a primera vista, consideraciones de distinto signo:

1) De un lado, la cuenta que figura a nombre de uno de los cónyuges puede estar nutrida por bienes gananciales, cuya gestión, en defecto de pacto, está encomendada conjuntamente a ambos esposos -1.375 C.c.- (37), bienes respecto de los cuales el cónyuge no titular de la cuenta es copropietario, por lo que es evidente el interés de éste en conocer la marcha de la cuenta en cuestión, máxime si consideramos que, en ocasiones, el banquero estará al corriente del carácter ganancial de tales bienes (por

(36) Entre los regímenes de comunidad limitada se comprenden en nuestro país, además de los que libremente se hayan podido pactar en capitulaciones, los siguientes regímenes legales: la sociedad de gananciales del Derecho Común (arts. 1.344 y ss. C.c.) y de Galicia (art. 112 de la L. 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia), la comunidad de bienes aragonesa (arts. 37 y ss. de la Ley 15/67 de 8 de abril sobre Compilación de Derecho Civil de Aragón) y la sociedad conyugal de conquistas (Leyes 82 y ss. de la L. 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Todos estos regímenes presentan, como nota común, la existencia de dos masas de bienes: una común a ambos cónyuges y otra privativa para cada uno de ellos. Frente a ellos, los regímenes de comunidad absoluta hacen comunes al matrimonio todos los bienes de los cónyuges, ya sean los aportados al matrimonio o los adquiridos con posterioridad y cualquiera que sea el título de adquisición. Ejemplo de este tipo de comunidad (bastante residual en la práctica), en nuestro Ordenamiento, con independencia de los pactados en capitulaciones, lo constituyen la comunicación foral de bienes de Derecho Vizcaíno (arts. 95 y ss. de la L. 3/92, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco) y el Fuero del Baylio. También la Compilación Navarra regula en sus Leyes 101 y 102 un régimen de comunidad universal de bienes a la que se puede optar en virtud de pacto. En realidad, la posibilidad de levantar el secreto bancario frente al consorte del cliente sólo se ha defendido en relación a los bienes comunes. Por ello hemos creído oportuno referirnos a todos los supuestos de comunidad de forma conjunta, sin distinguir entre sus diversos tipos.

(37) Efectivamente, el citado precepto dispone que *en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.*

ejemplo, si sabe que proceden de los rendimientos de su actividad profesional, sobre todo si se trata de cuentas abiertas con posterioridad a la celebración del matrimonio) al constituir una práctica habitual, a la hora de abrir una cuenta, la de exigir una declaración en la que se haga constar el régimen económico por el que se rige el matrimonio (38).

2) De otro, cabe considerar que el deber de información recíproca entre cónyuges sólo afecta a las relaciones internas de éstos, presentándose el banquero como un tercero extraño que sólo debe informar a aquél con quien contrató, y que está obligado a oponer su deber de secreto profesional a cualquier tercero (39).

En la doctrina española sólo BÉRGAMO se ha pronunciado sobre esta cuestión. El autor se decanta por la primera de las posibilidades expuestas, al entender que cuando los esposos se hallan sometidos a un régimen de comunidad, esta se proyecta también sobre el secreto profesional, de tal manera que cada uno de los cónyuges viene a tener la misma titularidad (40). Pero esta posición, que sigue la corriente doctrinal preponderante en Francia, no resulta sostenible, como trataremos de demostrar, ni a la luz de las disposiciones del Código civil que regulan la sociedad de gananciales ni a la de los principios inspiradores de ésta.

En la doctrina extranjera las opiniones están divididas entre quienes consideran que durante el matrimonio no puede comunicarse al cónyuge de un cliente ningún informe relativo a sus cuentas personales (41), y

(38) S. AP Bilbao (Sección 4) de 13 de noviembre de 1992 (AC 1993-2, @ 369). En algunas condiciones generales de contratos de cuenta corriente, se establece, además, que en caso de que se produzca un cambio en el estado civil del cliente, el representante legal deberá acreditar el hecho mediante las certificaciones correspondientes (cfr. CANO RICO, *Manual práctico de la contratación mercantil*, t. II, 3.ª ed., Madrid, 1993, p. 52).

(39) Como simple anécdota, cabe recordar aquí uno de los episodios, que, a juicio de FARHAT (*Le secret bancaire. Etude de Droit Comparé (France, Suisse, Liban)*, LGDJ, París, 1970, p. 19), ejemplificaba lo que él denomina "la ética medieval de discreción de los negocios". El autor, transcribiendo un pasaje de Jacques Le Goff, da noticia de cómo, en el siglo XV, un tal Léon Battista Alberti recomienda a su banquero "no poner en conocimiento de los miembros de su familia, comenzando por su mujer, el secreto de los negocios".

(40) BÉRGAMO, *Sociedades anónimas (las acciones)*, t. II, Prensa Castellana, Madrid, 1970, p. 796.

(41) Cfr. RUTA, "Le secret bancaire en droit italien", en *Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, t. I, p. 134; SCHÖNLE, *ibíd.*, p. 195; AUBERT-KERNEN-SCHÖNLE, *El secreto bancario suizo*, cit., pp. 195 y ss.; FARHAT (*Le secret bancaire. Etude de Droit Comparé -France, Suisse, Liban-*, cit., p. 95), GRUA, *Responsabilité civile du banquier*, JCC Banque-Crédit, 150, p. 9, y GAVALDA-STOUFFLET, *Juris Classeur Commercial, Banque-Crédit*, t. I, 140 y *Droit du Crédit, Les institutions*, t. I, p. 403. Sin embargo, a juicio de estos últimos autores, la autonomía bancaria de los esposos termina con la muerte de uno de ellos, y, al encontrarse indivisos los valores comunes de la cuenta entre el cónyuge superviviente y los herederos, los bancos deben proporcionar al notario encargado de la sucesión y a los herederos, los informes que pidan sobre las cuentas del cónyuge superviviente casado en régimen de comunidad.

quienes distinguen entre regímenes de separación de bienes, en los que ninguno de los cónyuges puede obtener informaciones sobre los bienes que aparezcan en la cuenta del otro y los regímenes de comunidad, en los que, por ser los bienes comunes propiedad de ambos esposos, se entiende que el Banco no faltaría al deber de secreto si facilitaran algunos datos esenciales, como mínimo, el saldo de la cuenta (42).

Por lo que se refiere a nuestro Ordenamiento, de la normativa contenida en el Código civil sólo parece poderse extraer, en principio, un derecho de información *recíproca* de los cónyuges sobre sus actividades económicas (43), y ello en base al artículo 1.383 C.c. que establece el

(42) En este sentido, SUPERVIELLE SAAVEDRA, *El depósito bancario*, Universidad de la República, Montevideo, 1960, p. 215; VILLEGAS, *La cuenta corriente bancaria y el cheque*, 2.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 166; VÉZIAN, *La responsabilité du banquier en Droit Privé Français*, 12.^a ed., Librairies Techniques, París, 1977, p. 241; MULLER, *Le secret bancaire dans la CEE...*, cit., p. 107; JAGMETTI, *op. cit.*, p. 403 (para quien los acuerdos estipulados en el momento de apertura de la cuenta o del depósito no son determinantes, lo decisivo es el régimen matrimonial existente entre los cónyuges); HENRION, *Le secret bancaire en Belgique*, *ibid.*, p. 169, y *Le secret professionnel du banquier*, cit., pp. 68 y ss., y BOLLMAN, "Switzerland", *International Bank Secrecy*, coor. Campbell, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, p. 676. Al afirmar que en los regímenes de comunidad cada esposo, sin ninguna otra condición, está autorizado a informarse sobre los activos que figuran a nombre del otro, este último autor sale al paso de la doctrina dominante en la época que, partiendo de la noción de que le correspondía sólo al marido el poder de administración y gestión, negaba el derecho de la esposa a pedir informaciones sobre la cuenta abierta por el marido, afirmando, en cambio, el derecho del esposo de obtener informes sobre las operaciones realizadas por la mujer. Por su parte, GAVALDA ("Le secret des affaires", *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, París, 1965, p. 307) plantea la posibilidad de entender incluida a la esposa en la expresión "comunidad" a la que se refiere el artículo 14 del Código de Comercio francés (este precepto, como vimos, prohibía la comunicación a la Justicia de libros e inventarios salvo en los casos de sucesión, *comunidad*, disolución de sociedad y quiebra), puesto que, aún sin tener poderes de gestión o disposición sobre los bienes comunes, sí que tiene al menos una vocación de conocer la gestión, siendo confidente necesario del secreto de los negocios del matrimonio. Expresamente entienden comprendida a la comunidad conyugal en la "comunidad" del artículo 14 HOUIN, y RODIERE, *Droit Commercial*, t. I, 6.^a ed., Sirey, París, 1978, p. 59. Finalmente, VIGO (*op. cit.*, p. 37) menciona al cónyuge entre las personas legitimadas para recibir información, pero limitándolo sólo a los supuestos de adquisición de títulos, sin hacer diferenciación entre tipos de régimen económico matrimonial.

(43) En igual sentido AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*op. cit.*, p. 200) en relación con los artículos 154, 189 y 214 del Código suizo de las Obligaciones, y SICHTERMANN respecto al parágrafo 1.379 del BGB. Sin embargo, el autor parece confundir los planos de la titularidad de la relación jurídica con el banco y el de la administración de la comunidad, lo que le lleva a realizar afirmaciones a primera vista contradictorias: si, por un lado, manifiesta que tras la reforma del Derecho de Familia los cónyuges no tienen ninguna posibilidad de pedir información sobre los asuntos del otro en un banco y que el citado precepto sólo confiere al cónyuge un derecho de información frente al otro cónyuge pero no frente a un tercero (y ello tanto en el régimen de separación como en el de comunidad de bienes); afirma a continuación que si los cónyuges han convenido una comunidad de bienes, el derecho de información sobre una cuenta nutrida con fondos comunes estará en función de la forma de administración de la comunidad; por consiguiente, el derecho de información correspondería sólo a uno de los cónyuges, si

deber de los cónyuges de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya.

La consecuencia de la falta reiterada y grave de este deber de información es la posibilidad que tiene el esposo no informado de pedir la disolución de la sociedad de gananciales –1.393.4 C.c.– (44). Queda claro tras la lectura de estos preceptos que el deber de información incumbe *al otro cónyuge*, y que la infracción de tal deber no da derecho a acudir a un tercero (Banco) a solicitar la información, ni siquiera por mediación del Juzgado, sino sólo a pedir la disolución de la sociedad (45). Defender la existencia de un derecho de información equivaldría a introducir un mecanismo que podría enturbiar gravemente las relaciones familiares. Es más, la regulación de la sociedad de gananciales ha sido criticada por algunos en el sentido de que acude excesivamente a la resolución de conflictos por un tercero, el juez, cuando los cónyuges no son capaces de llegar a un acuerdo –así, por ejemplo, la venia supletoria para realizar actos

sobre él recae la referida administración, o a ambos *de forma conjunta* (lo que entorpecería en buena medida la marcha de la comunidad) si es administrada por los dos conjuntamente. Pero por mucho que la gestión de la comunidad sea conjunta, nada impide que uno sólo de los cónyuges realice, por ejemplo, un depósito en cuenta corriente de fondos gananciales (acto de administración ordinaria de la comunidad que no requiere el consentimiento de ambos esposos), siendo, en consecuencia oponible a su cónyuge el secreto bancario. Idéntica confusión está presente en GIANFELICI, *op. cit.*, p. 273, puesto que, si bien afirma la legitimidad de la petición de información por uno de los cónyuges dirigida a conocer noticias relativas a relaciones bancarias instauradas por ambos cónyuges, lo que, a primera vista, pudiera llevar a pensar que para *determinar a quien corresponde, en cada caso, el acceso a la información bancaria*, atiende el autor al criterio de la persona que encabeza la relación jurídica frente al banco, en realidad sigue el criterio de la administración de la comunidad. Por ello afirma que, vigente el régimen de comunidad, ninguno de los cónyuges podrá solicitar información sobre relaciones bancarias instauradas por el otro cónyuge *cuando se refieran a actividades que formen parte de los bienes personales, a menos que se demuestre que los bienes objeto de la relación bancaria (por ej. de depósito), aunque encabezadas por el otro cónyuge formen parte del llamado “fondo patrimonial”* (se trata de un fondo cuya administración compete a ambos cónyuges, previsto por el artículo 167 del C.c. italiano, que se constituye destinando determinados bienes muebles o inmuebles inscritos en registros públicos o títulos de crédito para hacer frente a las necesidades de la familia). Sin hacer distinción entre regímenes económicos, niegan la existencia de un derecho autónomo de los esposos a obtener información sobre las operaciones del otro (fuera de los supuestos de representación legal y voluntaria) RUTA (*Le secret bancaire en Droit Italien*, cit., p. 134), RIVES-LANGUE y CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit.*, p. 161, nota 8 y BONNEAU, *op. cit.*, p. 228.

(44) *Vid.* STS de 4 de mayo de 1998 (Ar. 2.495), en la que el Alto Tribunal declara disuelta la sociedad de gananciales basándose en el “incumplimiento, por parte del marido, del deber de informar a su esposa sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas, consecuentemente a la falta de convivencia” (el matrimonio se encontraba separado de hecho).

(45) Tampoco puede imponerse el cumplimiento forzoso de este deber al cónyuge incumplidor (LÓPEZ SÁNCHEZ, “La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981”, *RJC*, 1983, p. 613).

de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales en interés de la familia, cuando uno de los cónyuges se negare a prestarlo en los términos del artículo 1.377, párrafo segundo C.c. (46)–, proponiendo como solución alternativa al recurso a los Tribunales, el favorecimiento de la disolución de la sociedad de gananciales (47).

Otras razones vienen a jugar en apoyo de la anterior conclusión. En primer lugar, no conviene olvidar que el matrimonio no puede suponer una restricción de la capacidad de obrar de las personas casadas (48). Y la capacidad del cónyuge que entabla relaciones con una entidad de crédito, en alguna medida, se vería menoscabada si se gravasen las actuaciones que en ella realice con el establecimiento de un derecho de información en favor de un tercero no parte en el contrato.

De otro lado, la autonomía bancaria de los esposos a la que nos referíamos al comienzo del presente epígrafe, se hace especialmente patente si atendemos al régimen establecido en los artículos 1.384 y 1.385 del Código civil. Con estos artículos se sientan determinadas excepciones al principio de administración conjunta, permitiendo actuaciones separadas e independientes de cada uno de los cónyuges respecto a bienes comunes, en atención a la naturaleza especial de tales bienes y en aras de la seguridad del tráfico. De este modo, dispone el primero de los referidos preceptos que “*serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*”; mientras que el segundo establece que “*los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza,*

(46) “Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes”.

(47) Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, EDERSA, Madrid, 1982, p. 296. En la S. de la AP de Bilbao que dio lugar al recurso de casación resuelto por S. de 4 de mayo de 1998 (*vid. supra*) el Tribunal ponía especial énfasis en señalar que la sociedad de gananciales no tiene razón de ser cuando se rompe la convivencia y afectividad, puesto que la propia situación de separación conlleva que los cónyuges incumplan sus deberes en relación a los bienes que conforman una sociedad inexistente, al realizar cada uno actos propios e independientes del otro, especialmente, a que se incumpla el deber legal que incumbe a ambos cónyuges de informar de los rendimientos de la sociedad de gananciales. De conformidad con ello, declara disuelta la sociedad de gananciales.

(48) Y así, en la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 se lee que “*base esencial de la nueva ordenación es la de que el matrimonio no tiene un sentido restrictivo respecto a la capacidad de obrar de los cónyuges*” (III, párr. 3). Cuestión distinta es que para determinados actos sea necesario el consentimiento de ambos cónyuges, como, por ejemplo, para la disposición de derechos sobre la vivienda habitual (art. 1.320 C.c.), para los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales (art. 1.377) o para los actos de disposición a título gratuito que excedan de las liberalidades de uso (art. 1.378).

serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos” (49).

Por último, es preciso atender a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que ha afirmado expresamente el derecho de los cónyuges a mantener recíprocamente una reserva sobre sus propias actividades económicas (independientemente de que luego dicha reserva pueda resultar limitada por la ley civil). Efectivamente, en el fundamento jurídico noveno de la sentencia 45/1989, de 20 de febrero, se dice literalmente que

“nuestro sistema jurídico, que en lo que se refiere al régimen económico matrimonial se basa en la libertad de capitulaciones, que no pueden dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo ni de contribuir a los gastos comunes de una u otra forma, pero que sí les autoriza, claro está, a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas. El límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico matrimonial, pero no por la ley fiscal”.

Mediante esta sentencia, el Tribunal Constitucional resolvía la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 34.3 de la L. 44/1978, que obligaba a las personas casadas a tributar conjuntamente. El demandante de amparo, entre otros argumentos, alegaba que la declaración conjunta de ambos cónyuges exigiría el conocimiento por cada uno de ellos de los rendimientos, desgravaciones, patrimonio y demás datos del otro, lo que depararía la violación del derecho de cada uno a la intimidad. El abogado del Estado, en cambio, negaba que la intimidad económica (pareciendo admitir, por tanto, que la intimidad económica forma parte del derecho a la intimidad) pudiera darse entre cónyuges. Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual un derecho fundamental no se puede invocar lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, examina la configuración legislativa de la institución matrimonial, destacando el deber de

(49) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 541, relacionando ambos preceptos afirma que queda claro que uno sólo de los cónyuges “*puede abrir una cuenta corriente personal en un banco e ingresar en ella salarios, rentas, honorarios, productos de la venta de frutos y otras cantidades presuntamente gananciales, y lo mismo hacer un depósito de títulos, sin justificar sus poderes ni su régimen matrimonial. Bien entendido que tales fondos o títulos no cesan, por eso de presumirse gananciales*”. Del mismo modo, DE LOS MOZOS (*op. cit.*, p. 387) indica que “*una vez que las ganancias de los cónyuges se han hecho líquidas, cualquiera que fuera su origen estos gananciales pueden quedar a disposición de uno de los cónyuges, al formar los saldos a su favor en la cuenta bancaria personal (...). Por eso, el que se halla en posesión de una suma de dinero puede abrir una cuenta bancaria y realizar toda suerte de operaciones, sin que se le pueda poner traba alguna por el hecho de ser o no casado, y habida cuenta de la ley de circulación del dinero*”.

respeto y ayuda mutuos, la obligación de vivir juntos, la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio y las restantes normas integrantes del denominado “régimen económico matrimonial primario”, concluyendo que todas estas normas civiles son incompatibles con el derecho a la intimidad económica frente al otro cónyuge, pues si tal derecho existiera, no habría manera de evitar la defraudación de los deberes de mutua ayuda y de actuación en interés de la familia, o más concretamente, del deber de levantar las cargas del matrimonio o del de responder solidariamente de las consecuencias del ejercicio de la potestad del 1.319 C.c. Toda esta argumentación del abogado del Estado, según se indica arriba, resulta rechazada por el Tribunal Constitucional, por considerar que en todo caso serían las normas civiles, pero nunca las fiscales, las que podían imponer la necesidad de romper la reserva sobre las actividades económicas frente al otro cónyuge (50).

Esta doctrina se mantiene en posteriores decisiones, como en la 47/2001, de 15 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional toma como punto de partida el reconocimiento de que en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos, intimidad que “no puede desconocerse en el ámbito de las relaciones matrimoniales” (51).

(50) Señala APARICIO PÉREZ (*La lucha contra el fraude fiscal en USA: los agentes especiales*, ibídem, Madrid, 1993, p. 100) que tras esta sentencia pueden resultar de interés para el sistema español la jurisprudencia norteamericana sobre las comunicaciones (económicas) realizadas entre marido y mujer. Por lo general, si son realizadas de forma privada, se consideran confidenciales, y se las privilegia con la pérdida del derecho de la Administración a obtener información.

(51) Este punto de partida es independiente de que el resultado final del recurso de amparo fuera desestimatorio (como lo sería posteriormente el resuelto sobre una cuestión análoga mediante STC 212/2001, de 29 de octubre). Efectivamente, el recurso impugnaba las liquidación efectuada por la Administración de Hacienda en la que se acumulaban en una sola unidad familiar las rentas de los esposos y de sus dos hijos, en contra de las autoliquidaciones efectuadas en su día por los recurrentes en las que cada uno de los cónyuges constituía una unidad familiar con uno de los hijos. Entre las alegaciones de los recurrentes se argumentaba que los actos administrativos en cuestión incidían en la vertiente “interna” del derecho a la intimidad, por cuanto habrían impedido a los esposos mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas, lo que va en contra de la doctrina sentada en la sentencia 45/89, arriba comentada. En este punto, en las demandas de amparo se renuncia expresamente a precisar “las consecuencias concretas que dichas liquidaciones provisionales han podido provocar a los recurrentes”, porque dichas consecuencias “de existir, forman parte del magro ámbito de la intimidad” que les resta, limitándose a aventurar los “dramáticos efectos que para la convivencia conyugal e incluso para la subsistencia del matrimonio podrían haberse derivado” de la acumulación de rentas si, por ejemplo, las liquidaciones hubieran revelado que uno de los cónyuges mantenía en secreto una vivienda en la que habitaba una pareja o hijo extramatrimonial. A juicio también de los recurrentes, los actos administrativos en cuestión afectaban además a una vertiente “externa” del derecho a la intimidad, porque cada uno de los cónyuges se vería obligado a revisar la decla-

En el caso del régimen de gananciales, el límite a la reserva sobre las propias actividades económicas a la que se refiere el Tribunal Constitucional viene constituida por el deber de información recíproca del 1.383 del C.c., precepto que –si bien reduce al mínimo la intimidad económica entre cónyuges– no supone, según es opinión mayoritaria, una rendición de cuentas periódica, ni la comunicación de inventarios, balances y operaciones pendientes, sino más bien una “*visión general sobre la marcha de sus asuntos*” (52), razón de más para negar el acceso del cónyuge del cliente a todos los extremos relativos a su cuenta corriente (53).

ración del otro y denunciar ante la Hacienda pública las incorrecciones en que, a su juicio, incurre, con el fin de evitar la responsabilidad solidaria de los miembros de la unidad familiar que establece el artículo 89.4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. El Tribunal Constitucional no acoge estas alegaciones, al entender que el recurso de amparo tiene como finalidad reparar las lesiones reales, efectivas e individualizadas de los derechos fundamentales, y no de prevenir las futuras, eventuales o hipotéticas. Considera, además, que la vulneración del derecho a la intimidad sólo podría haber llegado a producir en el supuesto de que se hubiera obligado legalmente a los cónyuges a tributar conjuntamente acumulando sus rentas en una sola declaración, lo que ya no ocurría en la Ley 18/1991, rectora del IRPF al tiempo del recurso. La opción por la tributación conjunta implica la aceptación de las normas imperativas que regulan dicho régimen de tributación, entre las que figura el artículo 87 que regula lo que ha de entenderse por unidad familiar a efectos del impuesto.

(52) DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, EDERSA, Madrid, 1984, t. XVIII, vol. 2, p. 383. En igual sentido, DíEZ-PICAZO (*Sistema de Derecho Civil*, t. IV), señala que el deber de información no recae sobre las actividades profesionales ni sobre las relaciones con terceros –sobre las que hay un límite secreto y estrictamente personal que no se debe traspasar– sino sobre lo que es objeto del consorcio: la ganancia. En cambio LÓPEZ SÁNCHEZ (*op. cit.*, p. 613) refiriéndose al caso de que uno de los cónyuges sea comerciante, opina que la amplitud y el contenido de la información ha de ser variable, dependiendo de la naturaleza privativa o ganancial que la empresa tenga en la comunidad y del interés que haya comprometido en la marcha del negocio el cónyuge no comerciante (análogamente a lo que *mutatis mutandis* acontece en el ámbito del Derecho de Sociedades).

(53) Una tesis contraria es la defendida por ALAGNA (*Regime patrimoniale della famiglia...*, cit., pp. 22 y ss.). El autor expone, en primer lugar, la doctrina tradicional sobre el secreto bancario, según la cual no incide en la capacidad de obrar del cliente su condición de sujeto casado, puesto que los contratos normales de crédito y ahorro pueden ser válidamente estipulados por un sólo cónyuge. En todo caso la relación sigue encabezada por el sujeto con el que se ha concluido el contrato, quien asume la plena y exclusiva titularidad de éste y que podrá gestionarlo libre y autónomamente. Como consecuencia, el cónyuge extraño al acto no podrá insertarse de ninguna forma en la relación bancaria encabezada por el otro cónyuge, por ejemplo, disponiendo de la suma depositada o pidiendo noticias sobre la existencia de la cuenta. Sólo judicialmente podrían establecerse derechos derivados del régimen de comunidad. Como ejemplo de disposición en la que se ordena oponer el secreto bancario al cónyuge del cliente, cita el autor el n. 268 de la Circular de 12 de noviembre de 1975 de la *Cassa Centrale di Risparmio Vittorio Emanuele per le Province Siciliane*. Pero a continuación se muestra partidario de suprimir la obligación de reserva frente al cónyuge del titular, al menos cuando la cuenta esté alimentada con fondos comunes y se encuentre destinada a fines familiares (y tales fines se hayan notificado a la Banca). Argumenta que el mantenimiento del secreto bancario

Entender lo contrario supondría olvidar que en el funcionamiento de los regímenes de comunidad están implícitas las ideas de colaboración y de confianza (un ejemplo de dicha confianza lo encontramos en que los cónyuges que optan por este régimen pueden ver comprometidos los bienes comunes por deudas personales de uno de los cónyuges, ex art. 1.373 C.c). Rota esta confianza, no tiene sentido prolongar la situación de ganancialidad. En efecto, es difícil imaginar un correcto funcionamiento de una sociedad de gananciales en la que, entorpecida su marcha por la ocultación sistemática de información por uno de los cónyuges, el otro se viera obligado a acudir a cada paso a solicitar datos de un Banco (caso de que se le atribuyera un derecho de información directo) o al Juzgado (caso de defenderse la necesidad de una orden judicial para la revelación de los datos).

Pero es que, además, esta tesis constituye una fuente de inseguridad para la Banca. Efectivamente, no podemos olvidar que incluso quienes se muestran partidarios de otorgar un derecho de información al cónyuge del cliente de una Entidad de crédito lo limitan sólo a las informaciones que recaigan sobre los derechos y obligaciones comunes, no sobre los pri-

podría lesionar la igualdad y la dignidad del requirente de información, quien, en defecto de tales datos podría ver comprometidos sus propios derechos y se vería imposibilitado para expresar conscientemente sus decisiones y para determinar el modo de vida de la familia: *“No se comprende cómo el cónyuge privado de ingresos propios podría ejercitar el derecho de gestionar autónomamente el matrimonio sin conocer la situación patrimonial del otro cónyuge y las sumas dispuestas para las necesidades de la familia. Bastará la negativa del cónyuge titular de la cuenta bancaria a informarlo para paralizar la actividad (del núcleo familiar). Lo que implica la exigencia (o al menos la oportunidad) de imaginar un instrumento informativo en favor del otro cónyuge”*. Añade que su postura no es del todo nueva, ya que se admite que el secreto bancario no sea oponible al cónyuge inmerso en un proceso de separación cuando las noticias solicitadas sean útiles para la determinación de la pensión. Si es posible para la Banca –diseñar noticias en la fase patológica del proceso, no se entiende por qué motivo debe prohibirse en la fase fisiológica. Con todo, el autor se muestra cauto en sus conclusiones, introduciendo la distinción entre contratos estipulados con la Banca por sujetos ya casados en el momento del nacimiento del negocio, o cuando el matrimonio haya tenido lugar posteriormente, debiendo presumirse, en el primer caso, que la cuenta es personal, y que no se debe enviar ninguna información más que al titular. También dice que podría discutirse sobre la necesidad de que el titular de la relación manifieste (en forma explícita) su propio consentimiento a la superación de la usual reserva, para evitar, sobre todo, problemas de responsabilidad para el operador crediticio. En todo caso niega que pueda extenderse el derecho de información a las llamadas cuentas profesionales (cuentas de trabajo), especialmente a las encabezadas por un solo cónyuge en su calidad de administrador de la sociedad. A nuestro juicio, la postura de ALAGNA resulta inaceptable. Además de las razones arriba apuntadas, se olvida, al admitir que acaso fuera conveniente que el cliente diera su consentimiento expreso al levantamiento del deber de reserva frente a su cónyuge, de que, en realidad, no está introduciendo ninguna excepción al secreto bancario fundamentada en las necesidades de la familia, sino que vuelve al mecanismo normal de funcionamiento de la institución, que quiebra en las hipótesis de consentimiento del cliente a la revelación.

vativos de cada esposo. Esto exigiría que el banquero estuviera al tanto, en todo momento, del carácter privativo o ganancial de cada suma ingresada, y ello se haría notablemente difícil en los casos en los que en una misma cuenta confluyan sumas privativas (por ejemplo, transferencias procedentes de una cuenta privativa de uno de los cónyuges –abierta con anterioridad al matrimonio– o los productos de la venta de un bien privativo), con sumas gananciales (por ejemplo, ingresos profesionales o rentas de un inmueble) lo que, además de entorpecer la actividad bancaria, chocaría con el régimen de los artículos 1.384 y 1.385 del C.c., que, según vimos, permiten la disposición individual de bienes comunes, en aras de la seguridad del tráfico. El Banco no está, por ello, obligado a investigar la procedencia de los fondos que se ingresan en sus oficinas (54).

De acuerdo con lo expuesto, las buenas prácticas bancarias exigirían no dar informaciones al cónyuge del titular, aún estando casados los esposos en régimen de gananciales. Efectivamente, aunque no hemos encontrado jurisprudencia que se refiera directamente a la responsabilidad de la Banca por haber facilitado indebidamente informaciones sobre una cuenta al cónyuge del titular, sí se ha declarado la responsabilidad de la misma por haber dispuesto de unos títulos depositados por una persona en virtud de la orden de disposición dada por el cónyuge de la misma, sin mandato para realizar tal acto de disposición (55).

(54) Así lo ha declarado expresamente la sentencia de la Cour de Cassation de 21 de noviembre de 2000 (*Rev. dr. bancaire*, 2001, p. 10), al afirmar que el banco no está obligado a preguntar el origen de los fondos ingresados ni el de los títulos, efectos o valores depositados en una cuenta que, en virtud del apartado 1.º del artículo 221 C.c., ha podido abrir uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. El hecho de que el cheque ingresado fuera librado a la orden de ambos esposos y representando éste el producto de un bien común de la pareja, no impide que el banco ingresarlo sin el consentimiento del otro cotitular, toda vez que las circunstancias no le permitan suponer una apropiación indebida del título.

(55) S. AP Barcelona de 14 de junio de 1996 (*RGD*, 1997, p. 882). Idéntica solución se ha dado por la sentencia de la AP de Barcelona de 19 de diciembre de 1997 (*RJC*, 1998, p. 429) para un supuesto de convivencia *more uxorio*: la entidad de crédito había entregado al compañero sentimental de la depositaria, quien no contaba con poderes de esta última, dos cambiales antes de su vencimiento. A juicio del Tribunal, los artículos 1.766, 1.771 y 1.257 del C.c. “no autorizan al depositario para hacer entrega del objeto del depósito a quien no fue parte del contrato ni consta tuviese la representación legal o voluntaria de la depositante, sin que la *convivencia more uxorio* varíe las normas jurídicas indicadas y sus efectos, al no darse confusión de patrimonios ni comunidad legal de bienes de clase alguna. Tales obligaciones debían ser conocidas por la entidad demandada, a quien cabe exigir la diligencia profesional propia de las entidades de crédito y superior, por tanto, a la media a la que se refiere el artículo 1.104, párrafo segundo del C.c.”. En igual sentido discurría, como vimos, la ya comentada sentencia de la *Cour de Cassation* de 3 de julio de 2001.

b) Regímenes de separación de bienes.

Si, como hemos visto, en los regímenes de comunidad de bienes, en los que existe una masa patrimonial copropiedad de ambos cónyuges, y por lo general, una gestión conjunta de la misma, la obligación de mantener el secreto bancario no sufre modificación alguna, parece difícil poder fundamentar la inoponibilidad del secreto bancario entre esposos cuyo régimen económico sea el de separación de bienes (56), habida cuenta de los principios separatistas que informan este régimen: separación de las facultades de administración, goce y disposición, separación de obligaciones y de responsabilidad (57).

No falta, sin embargo, quien haya tratado de extender los derechos de información sobre una cuenta al cónyuge casado en régimen de separación, aunque más como *lege ferenda* que como una conclusión extraída

(56) ÁLVAREZ OLALLA (*Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 490) considera, igualmente, que la titularidad de las cuentas corrientes en el régimen de separación no presenta especialidad alguna, tanto si la misma es individual, como si es conjunta entre ambos cónyuges, respecto a los supuestos en los que la titularidad la ostenta una o varias personas solteras.

(57) REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 70, sintetiza del siguiente modo los principios básicos del régimen de separación: 1) *Principio de separación de titularidades*: donde la comunidad de vida va a producir una confusión de bienes y la necesidad de la prueba de las titularidades exclusivas; 2) *Principio de separación de facultades de administración y disposición*: donde las normas del propio Código civil van a imponer límites a la independencia patrimonial de los cónyuges y la comunidad de vida se traducirá en la injerencia de los cónyuges en la administración de bienes del matrimonio de los que no son titulares; y 3) *Principio de separación de responsabilidades*: en que ambos cónyuges tienen la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y la separación de responsabilidades frente a terceros va a verse afectada por la responsabilidad derivada del ejercicio de la potestad doméstica. La mayor parte de la doctrina civilista niega que el régimen de separación de bienes suponga, más que un régimen matrimonial, la ausencia de él, en el sentido de que las relaciones económicas entre los cónyuges y respecto a terceros permanezcan como si no hubiera habido matrimonio. En realidad, afirman, siempre es preciso reconocer algún efecto positivo al matrimonio, y así las legislaciones se ven obligadas a imponer a los cónyuges el mutuo deber de alimentarse y contribuir a las cargas del matrimonio (cfr. LACRUZ, *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 529; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, Común y Foral*, t. V, vol. I, 12.^a ed., revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1994; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 345, y REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, especialmente pp. 25 y ss.). Como señala MONTES ("Del régimen de separación de bienes", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1919) el mero hecho de la vida en común de los esposos y las relaciones familiares, producen, de una parte, la necesidad de verificar aportaciones para atender las cargas que se generan, introduciendo un elemento asociativo que ya impide de por sí, una absoluta independencia patrimonial. Pero, además, la convivencia en el ámbito de la intimidad familiar puede provocar desde un estado de confusión respecto de la titularidad de determinados bienes hasta la injerencia de un cónyuge en la administración o gestión de los bienes del otro, lo que en el terreno del cumplimiento de los deberes de convivencia y mutuo auxilio (arts. 67 y 68 C.c.) ha de parecer lógico y, en ocasiones, inevitable.

del derecho positivo. Se ha partido, con este fin, del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares en proporción a los propios recursos económicos –artículo 1.438 C.c.– (58). En efecto, puede parecer lógico pensar que facilitar el acceso de cada uno de los cónyuges a la información bancaria del otro, sirve para garantizar que esa contribución sea equitativa (59). Sin embargo, entendemos que el citado precepto no ofrece base suficiente para justificar la inoponibilidad del secreto bancario al cónyuge del cliente de una entidad de crédito. Aunque resulte evidente que para cumplir con el deber de contribuir equitativamente a levantar las cargas familiares cada esposo deba estar informado de la situación económica del otro –aunque no exista un precepto paralelo al 1.383 para el régimen de separación de bienes–, está también claro, en primer lugar, que a quién compete facilitar esa información es al otro cónyuge y no a un tercero, como puede ser el Banco. En este sentido cabe recordar que la sanción al incumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio no es otra que la establecida en el artículo 1.318-2 C.c., en cuya virtud, cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribución al levantamiento de esas cargas, el juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las

(58) *“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”*. Apunta DE LOS MOZOS (*op. cit.*, p. 366), que dicho precepto resulta una excepción a los principios separatistas, representando el contrapunto obligado que expresa que el régimen de separación de bienes, por ser un régimen económico matrimonial, traduce, de una u otra manera, la necesidad de la comunidad de vida que implica todo matrimonio, y que, obviamente, tiene una trascendencia económica.

(59) En este sentido, ALAGNA (*Regime patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 137). Aunque admite que la superación de la usual reserva bancaria en estos casos no sería suficiente para superar los problemas de fondo para la vida del núcleo familiar, sí representaría un notable paso adelante en la difícil vía de la efectiva y total equiparación de los cónyuges. También por esta línea discurre la argumentación del abogado del Estado en la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la obligación de tributación conjunta en caso de matrimonio, al afirmar que *“Incluso en el régimen de separación de bienes, la «intimidad económica» entre cónyuges es imposible, pues ambos deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en proporción a sus respectivos recursos económicos, salvo que pacten otra regla de distribución (art. 1.438 C.c.)*. Con mayor precisión, el artículo 50 del texto refundido de la *Compilación catalana*, dispone que en el régimen de separación de bienes, el criterio de reparto entre los cónyuges para contribuir a los gastos familiares será, a falta de pacto, proporcional «a sus ingresos, y si éstos no son suficientes, a sus patrimonios», y mal podrán los cónyuges exigirse el cumplimiento de este deber si no pudieran conocer cada uno los ingresos y patrimonio del otro” (antecedente 4, letra c), cuarto párrafo).

necesidades futuras (60). En segundo lugar, como pusimos de relieve a propósito de los regímenes de comunidad, esa información no tiene por qué abarcar el detalle de todos los datos que pueden deducirse de la relación de negocios mantenida con el banco, sino simplemente, una visión general de la marcha general de sus actividades económicas.

Lo expuesto a propósito de este régimen económico matrimonial es aplicable al de participación en ganancias, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 1.413 del C.c., según el cual, en todo lo no previsto en el régimen de participación en el Código civil, se aplicarán, durante la vigencia del mismo, las normas relativas al de separación de bienes.

D. Supuestos de crisis matrimoniales o de liquidación del régimen de comunidad.

En los procesos de nulidad, separación o divorcio, al igual que cuando se realiza una separación de bienes tras un régimen de comunidad, se hace necesario determinar con la mayor exactitud posible la naturaleza –privativa o ganancial– y el importe de los bienes y deudas del matrimonio. De ello dependerán cuestiones que afectan sólo a los cónyuges, como por ejemplo, la procedencia de una pensión compensatoria por desequilibrio económico, pero también otras que tienen trascendencia para los hijos (cuantía de la pensión por alimentos, derechos sucesorios sobre bienes que en su día pertenecieron a la comunidad y que deben estar correctamente adjudicados, etc.) o para terceros (acreedores).

Desde hace tiempo, la doctrina y jurisprudencia extranjera se ha venido inclinando por la posibilidad de que la esposa inmersa en un proceso de divorcio fuera informada por la Banca de los extractos de la cuenta de su marido (61). En algunos ordenamientos incluso se ha reconocido

(60) Concluye REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 274, que es clara la importancia que tiene la obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio como límite a la independencia patrimonial de aquéllos. En caso de incumplimiento de esa obligación, y aun sin ese incumplimiento cuando éste se presenta como inevitable, sea voluntario o no, los poderes de administración y disposición que les concede el artículo 1.437 pueden verse limitados, incluso ser privados de ellos en algún aspecto, por decisión judicial y a instancia del otro cónyuge, por tiempo indefinido y mediante un procedimiento rápido y eficaz: la jurisdicción voluntaria.

(61) Así, SCHMITT y DONDELINGER (“Le secreto bancaire en droit luxembourgeois”, *Le secret bancaire dans la CEE...*, cit., p. 166), citan, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 6 de julio de 1928. Para estos autores, la razón que justifica esta decisión es de orden práctico: la mujer en un proceso de divorcio se convierte en un derechohabiente al secreto bancario, porque para ella es el único medio de conocer sus bienes personales gestionados por el marido y los que procedan de la comunidad. Del mismo modo, para la sentencia del Tribunal de Génova de 22 de marzo de 1963 (recogida por ALESSI: *Le Ranche. iurisprudenza-bibliografia-Legislazione*, Giuffrè ed., Milán, 1978, p. 276), en un juicio de separación personal, a los fines de establecer el monto de la pensión de alimentos, puede pedirse

este derecho por ley. Nuevamente encontramos en el ordenamiento francés el ejemplo más característico; en efecto, el artículo 259.3 del Código civil dispone que el juez puede proceder a todas las investigaciones útiles en relación con los deudores o de quienes detentan bienes por cuenta de los esposos sin que pueda ser opuesto el secreto profesional (62). También el artículo 218 del Nuevo Código civil belga contempla la posibilidad de que los esposos puedan pedir al Juez de Paz, si su cónyuge no contribuye a las cargas del matrimonio, que ordene la presentación de los libros de comercio o piezas contables de un tercero para poder determinar los recursos del cónyuge.

A falta de una normativa específica en nuestro ordenamiento, parece que la cuestión habría de regirse por las reglas generales que regulan

a la Banca la exhibición de la cuenta encabezada por el cónyuge; y el T. de Milán, en sentencia de 10 de abril de 1971 (*BBTC*, 1973-II, p. 449) consideró esencial para la resolución del caso la exhibición de los documentos bancarios, con el fin de verificar las posibilidades económicas del marido para la determinación de las pensiones en favor de la mujer y de la hija. Asimismo HENRION (*Le secret professionnel du banquier*, cit., p. 69), indica que incluso los partidarios de negar cualquier tipo de información bancaria a la esposa en los regímenes de comunidad, excepcionan el caso de ejercicio de una acción de divorcio o separación de bienes, supuestos en los que se autorizaba a la mujer inmiscuirse en la gestión de la comunidad para determinar su estado. En contra, y por lo que se refiere al Ordenamiento helvético, AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*El secreto bancario suizo*, cit., pp. 195 y ss.) consideran que el marido debe dar informaciones a la esposa sobre el conjunto de los bienes matrimoniales, al no disponer ésta de prueba alguna que le permita establecer el monto de los bienes para calcular su crédito; pero que la ley no impone a un tercero, como pueda ser el banco, el deber de informar a la esposa o a la justicia.

(62) El artículo 1.075-1 del Nuevo Código de Procedimiento Civil establece, en primer término, la obligación de los esposos de justificar sus recursos a petición del juez. El artículo 259.3 del Código civil no es aplicable en caso de concubinato (S. Cour de París de 31 de marzo de 1994, *R. dr. bancaire*, 1995, p. 156), pues siendo esta disposición una norma que deroga el secreto bancario ha de ser interpretada restrictivamente. En cambio se contravino este principio de interpretación restrictiva en la sentencia del Tribunal de Grand Instance de Tarascon, de 25 de agosto de 1998 (*R. dr. bancaire*, 1998, p. 226) en la que el órgano jurisdiccional autorizó la entrada en los locales de una Banca para interrogar al responsable de ésta de los movimientos de los fondos de una sociedad tercera (con relación a los esposos en litigio) de la que el otro cónyuge detentaba la mitad de las participaciones sociales, considerando que el artículo 259.3 del Código civil francés se refería a las informaciones que pudieran ser útiles para la fijación de las prestaciones y de las pensiones y la liquidación del régimen económico matrimonial. Pero se olvida de que el precepto sólo autoriza la investigación con relación a los deudores o quienes detentan los bienes por cuenta de los esposos, mientras que en el caso contemplado lo gestionado por la banca era la cuenta de una sociedad. Lo correcto hubiera sido designar a un experto que investigase la propia sociedad. Por otro lado, la exhibición forzosa de estos documentos sólo se refiere a los informes relativos a la situación material de la familia; y así, la Cour de Cassation casó la sentencia en la que se ordenaba la exhibición forzosa de piezas de un procedimiento canónico de nulidad matrimonial, porque se trataba de funciones de las que la autoridad eclesiástica había tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones y que se referían a la intimidad de la vida privada (AAVV, dirigidos por RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de Famille*, Dalloz, 1996).

la intervención del banquero en causas civiles, esto es, el mecanismo de la exhibición de documentos en poder de tercero regulado antes en el artículo 603 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil y hoy en el artículo 330 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, con una dicción bastante parecida: “*salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad exclusiva cuando, pedida por una de las partes, el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia*”. No existe, por lo tanto, un deber general de exhibición de documentos de propiedad exclusiva de un tercero (en nuestro caso, la entidad financiera). Este deber surgirá cuando la exhibición sea ordenada por el órgano judicial. La decisión de éste, según resulta del precepto transcrito, está supeditada a dos requisitos: que lo pida una de las partes (principio de rogación) y que el juez estime que su conocimiento es trascendente a los fines de dictar sentencia. Por lo que se refiere a este segundo requisito, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de que el libre arbitrio del juez de instancia no puede ser revisado en casación (63).

No obstante, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, de 27 de septiembre de 1981 (64), introduce una importante novedad: la posibilidad de que los documentos obrantes en poder de tercero (también un Banco en el caso contemplado) puedan ser requeridos de oficio como diligencia para mejor proveer. Ello constituye una clara matización respecto al régimen del artículo 330 de la LEC, que, como vimos, exige que tal medio de prueba venga propuesto *a instancia de parte*. En realidad, se llega por esta vía a introducir el mismo régimen establecido por el artículo 32.3 C.Com. para la exhibición de los libros de comercio, según el cual esta exhibición podrá decretarse bien de oficio bien a instancia de parte. La argumentación empleada por el Juzgado (con la que es difícil no estar de acuerdo) es la siguiente:

(63) SS de 8 de julio de 1988 (Sala I), Ar. 5.587, y 19 de noviembre de 1988 (Sala IV), Ar. 9.845.

(64) Recogido por LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI (*El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 1994, p. 391). En el auto se diferencia, además, entre los documentos privados de una empresa (documentos contables, documentos relativos a su estructura orgánica) y los movimientos y saldos de las cuentas o el valor de los efectos depositados, que pertenecen a las personas titulares, sobre los cuales el Juzgado podría ordenar además de su exhibición, su retención, entrega, cancelación o cualquier otra actividad derivada de un procedimiento civil. El propio artículo 32.2 del Código de Comercio parece acoger esta distinción cuando dispone que, al margen de los supuestos de reconocimiento general de libros, la exhibición de los libros y documentos de los empresarios podrá decretarse de oficio o a instancia de parte, *cuando la persona a quien pertenezcan* tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. De igual forma se pronuncia la S. AT Cáceres de 8 de febrero de 1985 (RGD, 1986, p. 2737).

“Que el fundamento máximo de derecho de una parte litigante en un procedimiento de familia a solicitar los medios de prueba conducentes al conocimiento de la situación económica de su cónyuge es casi de orden público, puesto que los acuerdos que ha de adoptar el Juez han de serlo en base a los ingresos de cada uno de los cónyuges, a su condición económica y a sus necesidades, y sobre todo, a las de sus hijos, y por lo tanto, la ocultación maliciosa de datos puede producir no sólo la indefensión de una parte, sino la privación de unos derechos elementales y reconocidos en la Constitución, como es el derecho de alimentos en proporción adecuada, estando facultado el Juez para solicitar de oficio, y por diligencia para mejor proveer, que se remita el oportuno informe y, en caso de negativa, acordar el dictamen pericial a realizar en la oficina bancaria correspondiente, para determinar los datos verídicos del estado económico de cada cónyuge, prueba que se llevará a cabo a costa de la parte que no los facilitó”.

El auto señala certeramente la causa por la que debe ceder el secreto bancario en los supuestos que se está tramitando una anulación, separación o divorcio. El hecho que diferencia estas peticiones de información de las solicitadas durante el curso normal del matrimonio se encuentra, precisamente, en que en los procesos matrimoniales (65) –como en casi todos los procesos de familia– se plantean cuestiones de orden público, como la fijación de pensiones por alimentos, cuestiones para las cuales se hace ineludible fijar, lo más aproximadamente posible, el patrimonio de cada cónyuge. Pero también puede constatarse cómo, en algunas ocasiones, los Tribunales han fijado las cuantías de las pensiones por medio de presunciones, aun no habiéndose probado los ingresos del obligado a satisfacerlas,

“impidiendo, de este modo, que torticeras actuaciones del progenitor dejen sin efectividad deberes trascendentes a cuya eficaz tutela debe atender el Ordenamiento Jurídico, así como exonerando al otro cónyuge de un peregrinaje investigador tan costoso como de menguados resultados ante las evidentes facilidades de la parte adversa de ocultar sus verdaderos ingresos” (66).

(65) Sobre la especialidad de los procesos matrimoniales *vid.* VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (“Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica”, AC, 1997, pp. 473 y ss.). A su juicio, las razones básicas que permiten mantener la especialidad de estos juicios son, en síntesis, las siguientes: de un lado en el proceso civil se trata de instar normalmente la resolución de conflictos pidiendo la tutela de derechos individuales, mientras que en los procesos matrimoniales se compromete la estabilidad de una institución que cumple funciones sociales. Por otra parte, estos procesos –a diferencia del civil, informado por el principio dispositivo–, están informados por el principio de necesidad, por lo tanto, las partes han de acudir necesariamente al proceso matrimonial para obtener el efecto jurídico pretendido, no cabiendo una satisfacción extraprocesal de estas pretensiones. Tampoco caben los llamados modos anormales de terminación del proceso, habida cuenta de que el 1.814 del C.c. prohíbe expresamente la transacción sobre el estado civil, cuestiones matrimoniales o alimentos futuros.

(66) S. AP Vizcaya (Sección 1) de 28 de septiembre de 1995 (AC 1996-I, @ 311). En la sentencia de la AP de Madrid de 15 de noviembre de 1991 (publicada en AC, 1992-1, @ 60)

La posibilidad de acceder a la información bancaria del otro cónyuge en el transcurso de un proceso matrimonial no constituye una intromisión ilegítima en su vida privada (67). Recuerda la sentencia del TC 73/82, de 2 de diciembre, que el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula (68). Y en este caso, al interés genérico del acreedor en ver satisfecho su crédito, que, en la fase probatoria de los juicios declarativos sólo se ve protegido por el mecanismo de la exhibición regulado en el artículo 330 de la LEC, se añaden cuestiones de derecho público, lo que suscita la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda requerir de oficio la exhibición de determinados documentos. Hay que añadir, además, que nuestro Ordenamiento contempla medidas protectoras para garantizar el pago de estas pensiones. Así, por ejemplo, el artículo 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara inaplicable la prohibición de embargar salarios, sueldos, pensiones, retribuciones o su equivalente que no exce-

la pensión por alimentos se fija fundamentalmente en atención a los ingresos presumidos por el patrimonio existente y los gastos fijos acreditados. La S. de la AP Tarragona de 26 de marzo de 1996 confirma la cuantía de la pensión de alimentos fijada por el Juzgado, al no obrar en autos "datos que permitan desvirtuar la considerada pertinente por el juez *a quo* que gozó de las ventajas del principio de inmediación en la valoración de las escasas pruebas practicadas... y ello dado que no se evidencia la cuantía exacta de las pensiones que percibe el marido ni del saldo de otras cuentas bancarias de que el mismo disponía". Pero en otras ocasiones se espera a que los ingresos puedan determinarse en ejecución de sentencia (cfr. S. AP Madrid de 8 de octubre de 1992).

(67) En este sentido, LUCAS DURÁN (*El acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 136), considera como fin legítimo para tolerar intromisiones del poder público en la vida privada, la protección de los derechos y libertades de los demás, poniendo como ejemplo las solicitudes por un juez de los datos tributarios de un contribuyente para poder fijar una pensión compensatoria en los procesos matrimoniales. El razonamiento es perfectamente extrapolable a los requerimientos de información formulados a los Bancos.

(68) El Tribunal Constitucional ha considerado en el Auto 1.011/87 que no vulnera el derecho a la intimidad la providencia por la que se solicitaba a la Delegación de Hacienda determinados datos tributarios de la segunda esposa del alimentante, pues "*su finalidad va directamente encaminada a comprobar la entidad económica de la sociedad conyugal, obligada, en principio, para determinar en justicia la correlación de la demanda de la primera esposa y decidir con los suficientes datos la cuantía de la pensión debida al hijo. No se investiga, pues, el patrimonio particular de la recurrente, sino el común de la sociedad de gananciales constituida por aquella y el padre del alimentista*". No se pronuncia el auto sobre el problema del derecho a la intimidad financiera y fiscal, remitiéndose a la doctrina sentada en las SS 73/82 de 2 de diciembre y 110/84. PÉREZ MARTÍN (*El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 980) señala la filosofía que inspira la doctrina del levantamiento del velo como posible criterio orientador del juez a la hora de valorar si una orden de exhibición de documentos en poder de tercero vulnera algún derecho fundamental como el derecho a la intimidad. Pero no entra en la cuestión de si el banquero debe o no oponer su obligación de secreto profesional.

dan de la cuantía señalada por el salario mínimo interprofesional (prohibición establecida en el art. 607) cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en los que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la ley, *incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación y divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos*. En estos casos, así como en las medidas cautelares correspondientes, el Tribunal fijará la cantidad que pueda ser embargada; o la posibilidad de imponer multas coercitivas sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas (art. 776.1). Pues bien, estos derechos que el legislador quiere garantizar quedarían sin contenido de no haberse determinado previamente con cierta exactitud el patrimonio del otro cónyuge, haciéndose necesario evitar la ocultación de bienes bajo el amparo del secreto bancario. Evidentemente, el esposo que busque esta información (o su abogado) no podrá obtenerla más que a través de la vía judicial, con lo que, en realidad, no nos encontraríamos con una derogación del secreto bancario por causa de relaciones entre sujetos privados, sino marcada por el deber de colaboración con la Justicia. Sin embargo, cabe observar que, en el caso concreto, el particular en cuestión tiene un derecho (derivado de normas de carácter casi público) a obtener los datos solicitados, de modo que el Banco, aun en su calidad de tercero, no debería oponer su secreto profesional a la orden de exhibición del Juzgado (69).

5. El secreto bancario ante el derecho de sucesiones

Sabido es que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 del C.c.), a excepción de aquellos que se extingan con su muerte. Este no es el caso de las relaciones bancarias del causante. Si nos fijamos en el contrato de cuenta corriente bancaria, al que

(69) La posibilidad de requerir judicialmente a un Banco (ya de oficio o a instancia de parte) la documentación relativa a la cuenta mantenida por el otro cónyuge, quedaba cerrada radicalmente en el proyecto de reforma de la LEC, en cuanto suprimía los deberes de exhibición de terceros en el proceso. Con ello se eliminaba *in radice* el problema del secreto bancario en los procesos matrimoniales. La documentación relacionada con los datos bancarios del otro cónyuge habría de pedirse directamente a éste, con los efectos en caso de negativa a su exhibición, previstos en el artículo 330 del Proyecto: el juez podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del documento hubiese dado o formular requerimiento para que dichos documentos sean aportados al proceso cuando así lo aconsejen las circunstancias. Sin embargo, el texto definitivo de la LEC se ha apartado en este punto del Proyecto y mantiene los deberes de exhibición de terceros ajenos al proceso.

nos referiremos principalmente, por constituir éste el soporte de la mayoría de las operaciones realizadas en las Entidades de Crédito (depósito, préstamo, apertura de crédito...) comprobamos que participa de la naturaleza de la de comisión mercantil, según es opinión mayoritaria en nuestro Derecho (70). Y la comisión, a diferencia del mandato (art. 1.732 C.c.) no se extingue necesariamente por la muerte del comitente (art. 280 C.Com.).

Pues bien, entre los derechos que asisten al titular de una cuenta figura, precisamente, el de recibir información periódica sobre la marcha de la misma (71). La difusión y objetivación de este uso bancario, conden-

(70) STS de 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9.425) y AP de Sevilla de 12 de marzo de 2001 (Ar. Civil, 2001/161), que define la cuenta corriente bancaria como “un contrato de carácter autónomo, «sui generis», que participa de las características de otros contratos, en especial del mandato, declarando, pues su naturaleza mixta, o como una subespecie de la comisión aunque eso sí, con algunas especialidades que lo han ido separando del conjunto obligacional del Código de Comercio, y que constituye, dentro de la categoría de cuenta bancaria, una operación que posibilita un soporte contable para otras muchas operaciones que ordinariamente realizan las entidades de crédito con sus clientes”. En relación con la doctrina, la mayoría de nuestros autores coinciden en destacar como nota definitoria del contrato de cuenta corriente bancaria el servicio de caja, en cuya virtud el Banco se obliga a realizar todas las operaciones de cobros y pagos por cuenta y en interés del cliente susceptibles de canalizarse por este cauce contractual (y así, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Contrato de cuenta corriente: cláusulas relativas a la aprobación del saldo y alcance probatorio de la aceptación por el cliente”, *RDBB*, 1997, p. 972, llega a calificar a la cuenta corriente bancaria como de *contrato omnibus*); destacándose, asimismo, que este contrato participa de la nota de la comisión mercantil (FERNÁNDEZ-ARMESTO y DE CARLOS BELTRÁN, *op. cit.*, p. 251; MÓXICA ROMÁN, *La cuenta corriente bancaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 38, con amplia cita jurisprudencial) aunque para algunos se encuentran presentes en la cuenta corriente bancaria elementos de otros contratos, además de los de la comisión (así GARRIGUES, *op. cit.*, p. 125, se refiere a la presencia de elementos propios de la cuenta corriente mercantil, como el derecho del Banco al reembolso de gastos y comisiones, la cláusula implícita “salvo buen fin”, la obligación de remitir extractos y la aprobación tácita de éstos por el cliente; SÁNCHEZ CALERO, *cit.*, p. 308, destaca el elemento de la compensación, mediante la cual se va produciendo la extinción –el pago– de ciertas operaciones; finalmente ALCOVER GARAU y MARTÍNEZ NADAL, “Contrato de cuenta corriente bancaria y licitud de las comisiones de mantenimiento y administración”, *RDBB*, 1998, p. 503, afirman que se deben aplicar a la cuenta corriente bancaria las reglas del préstamo y las de la comisión debidamente modalizadas para operar en esta nueva relación jurídica que propiamente no es ni sólo préstamo ni sólo comisión, sino un nuevo contrato con características propias; razón que explica que al cliente se retribuya por el uso de su dinero por el banco con un interés, lo que –añaden– sería cabalmente incomprensible si se afirmara que la cuenta corriente bancaria es tan sólo un contrato de comisión, o que no se le dan intereses a cambio de no cobrar o cobrar menos comisiones.

(71) SS TS de 11 y 14 de marzo de 1992 (Ar. 2.170 y 2.182, respectivamente), 15 de julio de 1993 (Ar. 365) y 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9.425), que hace suya la doctrina de la anterior. Cfr., asimismo, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 347; BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 474; ALCOVER GARAU y MARTÍNEZ NADAL, *cit.*, p. 533; MÓXICA ROMÁN, *cit.*, p. 89, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria”, en *RDBB*, 1986, pp. 633-661. A juicio de este último autor, el fundamento del deber de informar del Banco es doble: 1) Por un lado, la cuenta corriente es el reflejo aritmético de las distintas

sado muchas veces en las condiciones generales de los Bancos, ha dado lugar a un uso normativo (72), alcanzando en algunos casos reconocimiento legal (73). El deber de información no debe quedar limitado al envío de unos extractos de cuenta en fechas determinadas, sino que se extiende a la obligatoria comunicación de los saldos y envío de extractos cuantas veces y en los momentos que el cliente lo desee; incluso en supuestos excepcionales puede solicitar la remisión de extractos sobre asientos ya practicados, aunque eso sí, la jurisprudencia parece exigir la existencia de una justa causa para la reclamación, es decir, que el solicitante de información no tenga en su poder la información que pide por causa no imputable a él mismo (74).

operaciones y contratos concluidos entre el Banco y el cliente, lo que conlleva una nota de estabilidad o duración en la existencia de esta cuenta, y consiguientemente, la necesidad de que el titular conozca las modificaciones introducidas en la misma. 2) Por otro, muchas de estas informaciones se referirán a actuaciones del Banco en razón de órdenes de su cliente, lo que afectará al pago de cheques a terceros, a la correcta realización de transferencias, al pago de recibos autorizados o no, etc. Se trata de comprobar en qué medida el Banco ha actuado como un diligente comisionista, supuesto al que entiende aplicable el artículo 263 del Código de Comercio sobre la obligación de rendir cuentas al comitente.

(72) Se expresan en este sentido, por ejemplo, las SSTs de 4 y 14 de marzo de 1992 -Ar. 2.158 y 2.182-; S. AP de las Palmas de Gran Canaria de 22 de mayo de 1995; S. AP Segovia de 6 de mayo de 1996 -AC 1996-3, @ 1.025-; S. AP Valencia de 10 de febrero de 1997 -AC 1997-3, @ 926-. En la sentencia de la AP de León de 12 de abril de 2000 (Ar. C., 2000/4.854) se afirma que viene a ser un uso bancario notorio en las cuentas corrientes a la vista, la obligación de la entidad bancaria de notificar periódicamente al cliente titular de la cuenta los extractos de las operaciones realizadas y contabilizadas en dicha cuenta durante el período en cuestión, practicándose las correspondientes liquidaciones de la cuenta, el saldo e intereses devengados en su caso.

(73) Así ocurre respecto a determinadas informaciones con la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito. En particular, para las operaciones en cuenta corriente, el anexo VI de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre (según la modificación efectuada por la Circular 4/1998 de 27 de enero, que modifica las Circulares 8/1990 y 8/1992, de 24 de abril, de cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público), especifica que las entidades de depósito entregarán a sus clientes extractos de cuenta, con la periodicidad que convenga según el movimiento de las cuentas, que habrán de ser gratuitos en caso de extractos mensuales o por plazos superiores, precisando a continuación los datos que, como mínimo, deben comprenderse en el extracto: fecha de movimiento, concepto de la operación, importe con su signo, fecha valor, saldo extracto anterior y saldo resultante del nuevo, así como las transacciones efectuadas mediante tarjetas de crédito y débito. En Italia, el artículo 119 del *testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, n. 385 de 1993, regula en cuatro apartados las comunicaciones periódicas de los Bancos a la clientela (el antecedente inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 8 de la L. de 17 de febrero de 1992, n. 154. sobre *trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*).

(74) Así, en el caso resuelto por la SAT de Cáceres de 8 de febrero de 1985 (RGD 1986, p. 2737), la documentación de la actora había desaparecido como consecuencia de la comisión de un delito (robo) y necesitaba verificar las cuentas con sus clientes, derivadas de las relaciones negociales con ellos mantenidas con mediación de la entidad bancaria demandada. El Tribunal encontró fundada esta pretensión. En realidad, se trata de una cuestión ya resuelta desde

El derecho de información que tenía, pues, el causante, se transmite a sus herederos, no pudiendo el Banco oponer, en principio, el secreto bancario a las pretensiones de información de éstos (75). En rigor, no puede decirse que la información que sobre los asuntos del difunto proporcione el Banco a sus herederos suponga una excepción o levantamiento del secreto bancario, puesto que son continuadores de la personalidad del cliente (76). Y así, de las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España se concluye que las Entidades de Crédito cumplen con las buenas prácticas bancarias dando información a los legítimos herederos del cliente fallecido de la situación de las relaciones que mantenía con aquél, desde el mismo instante de su fallecimiento, debiendo colaborar en la fijación del caudal hereditario con aquellos que tengan encargada la realización de tal tarea.

En los casos en los que el heredero haga uso del derecho a deliberar (art. 1.010 C.c.) es obligado que a la aceptación de la herencia preceda la formación de un inventario. Sin embargo, hasta el momento de la aceptación no puede hablarse de una transmisión de derechos, y, en consecuencia, el derecho de información derivado del contrato de cuenta co-

antiguo por el Derecho Romano, que exigía, a quien pedía una cuenta por segunda vez a su banquero, probar que la pérdida de la documentación había sido involuntaria, “porque si las perdió por un accidente que se le deba perdonar, mandará de nuevo que se le exhiba” (D. 2.13.7). También el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha considerado contrario a las buenas prácticas bancarias la negativa injustificada y sin fundamento a la entrega de informaciones genéricas ante peticiones puntuales de los clientes –en el caso información general acerca de los movimientos de unas cuentas– (aunque no existiera imperativo legal de entregarlas), considerándola un obstáculo a la claridad y transparencia que debe presidir la actividad bancaria (Reclamación n. 1468/1989, Memorias correspondientes a 1990, p. 34), así como la falta de información del estado de la cuenta al tiempo del fallecimiento del causante, o de los movimientos, extractos o liquidaciones posteriores, o la demora injustificada de su entrega, o facilitar información errónea (Reclamaciones 941, 350 y 1.518 de 1999, Memorias correspondientes a 1999, p. 62; Reclamaciones 2.428/99, 520/00, 1.747/00 y 1.822/99, Memorias correspondientes a 2000, p. 63).

(75) Reclamación n. 1.437/1988, Memorias correspondientes al año 1989, p. 32; Memorias correspondientes al año 1991, p. 65, Sección “Criterios de buena práctica bancaria”; Reclamación 614/92, Memorias correspondientes al año 1993, pp. 55-6 y Sección “Criterios de buena práctica bancaria”, p. 125; Reclamaciones 351, 520 y 1.435/94, Memorias correspondientes al año 1994, p. 67; Reclamaciones n. 1.040/95 y 334/95, Memorias correspondientes al año 1995, pp. 63 y 83 y Reclamación 2.135/95, Memorias correspondientes al año 1996, p. 54.

(76) Desde una posición pragmática, SALANITRO (*El secreto bancario*, cit., p. 80-1) hace notar cómo el verdadero problema del secreto bancario en relación a los herederos es el de la legitimación de éstos para formular la petición de información. Si la legitimación del heredero es pacífica e indubitada, la Banca no tendrá razón para oponerse a la solicitud del heredero. Sólo si ésta es controvertida e incierta (sobre todo en caso de pluralidad de herederos) se comprende que la Banca pueda pretender que la orden de comunicación de datos proceda del juez (pero –aclara– no porque haya un secreto bancario que respetar, sino porque la orden del juez le exonera de responsabilidad).

rriente no habrá pasado todavía al heredero. Pero resultaría contrario a toda lógica no mencionar en el inventario los derechos y obligaciones del causante que tengan su origen en operaciones bancarias bajo el pretexto del deber de discreción a que viene obligado el banquero. Precisamente la finalidad del derecho a deliberar es que el heredero, a la vista del inventario, pueda hacerse un juicio exacto del estado de la herencia para poder decidir con conocimiento de causa si la acepta o no. En cambio, en la aceptación hecha a beneficio de inventario sí puede decirse que el derecho de información sobre la cuenta corriente se transmite al heredero. Ciertamente mediante este tipo de aceptación, a diferencia de la pura y simple, no hay confusión de patrimonios (art. 1.023 C.c.), pero el heredero será el titular del patrimonio hereditario, correspondiéndole el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la herencia, con el límite, eso sí, de las posibilidades de la misma.

A. Límites al derecho de información de los herederos.

El derecho de información que —como regla general— se transmite a los herederos puede entrar en conflicto con otros intereses. En primer lugar, con los del propio causante, cuya cuenta en el Banco puede reflejar datos que no habría deseado que llegaran a conocimiento de sus herederos, principalmente aquellos de carácter personalísimo. Por otro lado, el derecho de información de estos puede colisionar con el derecho al secreto de otros clientes del Banco, cuando, por ejemplo, estos herederos pretendan averiguar el destino de una transferencia efectuada por el causante, o la identidad de los beneficiarios de unos cheques (77). Por ello surge la necesidad de concretar los extremos de la relación comercial mantenida entre el cliente fallecido y el Banco a los que se extiende el derecho de información, esto es, el *objeto* del derecho de información de los herederos (78).

(77) O si el Banco, que ha tenido conocimiento de la muerte de un fiador que garantizaba el conjunto de operaciones o el buen fin de los efectos que un tercero —cliente del Banco— pudiera allí descontar, informa a los sucesores de éste de la existencia de la fianza.

(78) El problema de la colisión entre secreto bancario y derecho a la información respecto a clientes pertenecientes a un mismo banco ha sido tratado con especial atención en la doctrina alemana por SICHTERMANN (*op. cit.*, p. 154-5), quien opina que, como regla general, tendrá prevalencia el deber de discreción, cuando los intereses del cliente al secreto estén mejor fundamentados y se hayan originado con anterioridad al deber de información. Sin embargo, en algún supuesto aislado puede ser al revés; por ej., en el caso de una transferencia, el ingreso de una determinada suma en la cuenta del beneficiario no es un asunto sobre el que haya de recaer de inmediato el deber de secreto frente a los herederos del beneficiario (cosa distinta ocurriría con un tercero, por la posibilidad de que trabara embargo contra el saldo). En cambio, el transferente (o sus herederos) sí pueden tener un interés considerable en saber si la transferencia ha llegado a su destino, para el caso de que el beneficiario niegue el

En primer lugar, la doctrina tiende a excepcionar del derecho de información de los herederos los llamados “*hechos personalísimos del causante*” conocidos por el Banco (se suelen traer a colación los clásicos ejemplos de donaciones efectuadas a hijos extramatrimoniales o a concubinas). De este modo, la Entidad de Crédito debería oponer su deber de secreto bancario a cualquier petición de información sobre datos de esta naturaleza. Ahora bien, se ha discutido sobre si el Banco ha de negarse a facilitar *siempre y en todo caso* las peticiones de información sobre este tipo de datos o si, por el contrario, el secreto bancario sólo puede actuar cuando el *decius* haya manifestado su voluntad de que determinados datos no sean transmitidos a los herederos. A pesar de que todos los datos bancarios afectan, en cierto modo, a la intimidad del cliente, no es menos cierto que unos la reflejan de forma más directa que otros. Consideramos que, en general, una adecuada protección de los derechos de la personalidad debe conducir a que se presuma la voluntad contraria del *decius* a la revelación, y, que, en consecuencia, el Banco deba negarse a comunicar este tipo de datos, que recaen sobre los aspectos más merecedores de protección del derecho a la intimidad, sin necesidad de que el cliente lo pida expresamente. En resumen: sobre los hechos de carácter personalísimo el Banco no debe efectuar revelación alguna (salvo que el cliente lo haya autorizado expresamente), a menos que el conocimiento de determinados datos resulte indispensable a los herederos para el ejercicio de sus derechos o para el cumplimiento de sus obligaciones (79).

abono en su cuenta. AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*op. cit.*, p. 238) resuelven la cuestión atendiendo a la fuente que fundamenta en cada caso el derecho de los herederos a ser informados: en los casos en los que este derecho tenga su origen únicamente en el contrato, el banquero debe observar el secreto bancario; pues la violación de un deber impuesto directamente por ley (art. 47 de la Ley Bancaria) no puede justificarse por el respeto a una obligación *ex contractu*. En cambio, si la petición se funda en la ley (concretamente en el Derecho de Sucesiones) el Banco debe informar, eso sí, respetando los principios de proporcionalidad y fidelidad (lo que llevará a llamar la atención de los herederos sobre el carácter confidencial de las informaciones, a poner en conocimiento del tercero la revelación efectuada, etc.).

(79) En general la doctrina y jurisprudencia suiza son partidarias de considerar que los hechos personales del causante sólo se pueden mantener secretos frente a los herederos cuando el causante así lo haya indicado expresa o tácitamente. El carácter más o menos confidencial de las informaciones consideradas sería, por tanto, irrelevante (AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 241; S. O. Zurich de 10 de diciembre de 1964). En igual sentido se expresan GAVALLA y STOUFFLET (*Droit du Crédit, Les institutions*, cit., p. 403). MORERA (“L’opponibilità del segreto bancario all’erede del cliente della banca in una recente sentenza svizzera”, *BBTC*, 1966-I, pp. 109 y ss.) critica, a nuestro juicio, muy correctamente esta sentencia: si la información requerida concierne a cuestiones relativas a los derechos de la personalidad, si se ha admitido que la *ratio* de tal principio es la necesidad de evitar que los informes eventualmente proporcionados por el Banco puedan lesionar ese derecho de la personalidad, no se entiende la razón por la cual se limita el alcance de esta protección a los supuestos en los que el causante solicite la confidencialidad. Efectivamente, la protección de los derechos de la personalidad

También cabe pensar en el supuesto inverso, es decir, que el causante prohíba al Banco dar a conocer ciertos datos puramente patrimoniales a sus herederos. Por lo general, una petición de tal carácter será expresiva de un abuso de derecho (art. 7.2 C.c.) y no podrá ser atendida por el Banco si puede resultar perjudicial para el ejercicio de un derecho de los herederos, por ejemplo, para impugnar una donación por inoficiosa (80).

Por otro lado, se discute si sólo pueden ser objeto de información aquellos datos relativos a operaciones todavía en curso en el momento de la muerte del titular, o si también puede darse noticia de los relativos a relaciones jurídicas que ya se habían extinguido antes de la muerte del causante (81). En nuestro país, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España viene manteniendo que los herederos tienen derecho a obtener información sobre el *estado de la cuenta al tiempo del fallecimiento del causante, así como de los movimientos, extractos, liquidaciones, etc., posteriores al óbito*, pero que no es exigible a las entidades que les faciliten una información general relativa a los movimientos y operaciones reali-

sólo debe ceder cuando sea indispensable para el ejercicio de los derechos de los herederos (por ejemplo, cuando ejerciten acciones tendentes a la protección de su legítima, aspecto que el Tribunal Supremo considera de orden público; o también cuando se vean obligados a justificar un pago ya realizado por el causante a una clínica destinada únicamente a la curación de determinadas enfermedades y que les es nuevamente reclamado, etc.). La posibilidad de facilitar a los herederos informaciones sobre datos que no revistan carácter estrictamente patrimonial, cuando ello sea necesario para la salvaguarda de los intereses patrimoniales de los herederos, es admitida, además, por RIVES-LANGUE y CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit.*, p. 162, quienes citan en su apoyo la sentencia del Tribunal de Grand Instance de Niza de 2 de julio de 1981, en la que los bancos son relevados por el Tribunal de su deber de secreto y se les ordena entregar a los expertos designados los elementos necesarios para el ejercicio de su misión, en un conflicto que oponía a los hijos del primer matrimonio a la segunda esposa del causante.

(80) SICHTERMANN admite la posibilidad de una prohibición de informar a los herederos sobre datos puramente patrimoniales pero con un carácter muy restrictivo, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que exista una declaración en tal sentido por el causante, 2) que la declaración no sea abusiva y 3) que no sea impugnada por los herederos, lo que —añade— normalmente estarán en condiciones de hacer. Para AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE existen unos límites que se imponen en todo caso a la voluntad del causante, existiendo ciertos extremos sobre los que siempre se debe informar al heredero. Tales extremos son la expresión del estado de la cuenta en el momento del fallecimiento del causante y las operaciones que no han sido controladas por el *decius*.

(81) Por ejemplo, GIANFELICI, *op. cit.*, pp. 260 y ss., quien afirma que los datos referentes a relaciones todavía en curso en el instante del fallecimiento pueden ser puestos en conocimiento del heredero, que sufrirá las consecuencias de la confusión de patrimonios, al constituir la misma relación objeto de sucesión; pero que, sin embargo, las noticias referentes a relaciones ya extinguidas no pueden ser comunicadas al heredero (aunque introduce una salvedad para el caso de que en la relación no haya intervenido ningún tercero —por ej. depósito de suma de dinero encabezado únicamente por el *decius* y retirada por él mismo—, supuesto en el cual la banca podría —facultativamente— informar al heredero si es requerida para ello, por ejemplo, con la finalidad de ejercitar la acción de petición hereditaria).

zadas por los titulares causantes *antes* de su fallecimiento, entendiendo que habrán de ser los órganos judiciales competentes quienes tengan que resolver sobre la procedencia o no de la solicitud.

El derecho de información de los herederos se ve, por lo demás, sometido a otros límites. El primero es consecuencia del *plazo de seis años* durante el cual el comerciante está obligado a conservar documentos (art. 30.1 del Código de Comercio), pues el deber de información presupone el de conservación (82). El plazo coincide, por lo demás, con el fijado por el artículo 6.1 del Reglamento de la Ley 19/93 de 28 de diciembre, que establece determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, para la conservación de documentos por parte de las Entidades de Crédito (y demás sujetos obligados por la ley) en aquellas operaciones en que es preceptiva la identificación de la clientela. En cambio, en algún pronunciamiento de nuestra jurisprudencia menor se atiende sólo al plazo en que es obligatoria la conservación de documentos a efectos fiscales, esto es, cinco años, pareciendo olvidar, por tanto, las obligaciones contables del comerciante (83). Además, se ha señalado que, si una vez presentada la demanda, el proceso se alarga o se sustanciara en pos-

(82) En la S. AP de Alicante de 1 de octubre de 1999 (RGD 2000, p. 5257) se acoge implícitamente la idea de que el deber de información del Banco al cliente se extingue transcurrido el plazo de conservación de seis años del artículo 30 del Código de Comercio, calificando de “sorprendente” la conducta del actor que había esperado el plazo de seis años para efectuar la primera reclamación sobre la supuesta imposibilidad de disponer de un préstamo de 50.000.000 de pesetas, “actividad contraria cuanto menos a las reglas de la buena fe que debe imperar en toda relación contractual”. Con todo, la razón decisiva de la desestimación de la demanda fue la consideración de que en el caso concreto había suministrado efectivamente la información de forma puntual.

(83) Así ocurre, por ejemplo, en la sentencia de la AP de Huelva de 30 de noviembre de 2000 (AP, 2001, n.º 639). En el caso concreto, el demandante pretendía que la entidad bancaria le demostrara documentalmente una disposición del saldo de su cartilla de ahorro efectuada diez años atrás, y en caso de no poder acreditar documentalmente dicha disposición, que le pagase la cantidad de 1.313.045 pts. que aparecía como saldo en cuenta a su favor. Lo curioso del caso es que el actor ni siquiera afirmaba que tuviera ese dinero depositado en el Banco; sólo pedía que se le demostrase documentalmente el pago. Entiende la Audiencia que esta pretensión es contraria a la buena fe y expresiva de un abuso de derecho, con los siguientes argumentos, que estimamos correctos, salvo en lo relativo al plazo señalado para la conservación de documentos: “La realidad de esta transferencia, diez años después, *cuando fiscalmente no hay obligación de guardar documentos más de cinco años y es explicable su destrucción*, puede probarse por cualquier otro medio admitido en Derecho, y entre ellos, la prueba de presunciones del artículo 1.253”. Y más adelante insiste: “si el actor no puede ni afirmar tener aún depositado dinero en su libreta de ahorro, el banco opone el movimiento de cuenta por el que carece de fondos desde 1989, y en la actualidad la carga de la prueba documental sobre la existencia de saldo favorable al actor resulta más fácil a éste, que no a la entidad bancaria cuando ha *transcurrido el razonable plazo fiscal de cinco años y no guarda ya la documentación más antigua*. No es más razonable desentenderse del depósito bancario casi diez años y no tener documento alguno de sus vicisitudes durante ese tiempo”.

teriores instancias, debe admitirse que el deber de conservación se prorogue más allá del plazo de seis años (84). Y alguna sentencia va incluso más allá, en el sentido de no considerar necesaria la interposición de la demanda para la prórroga de la obligación de conservación del documento; en el caso concreto fue suficiente la realización de requerimiento notarial previo a la interposición de la demanda (85).

En cuanto al día inicial del plazo para el cómputo del plazo de los seis años, el artículo 30 del C.com. (que en este punto concreto mantiene la redacción del antiguo art. 45) sólo lo establece para los libros contables, debiéndose tomar en consideración, para estos, el último asiento practicado. Pero nada se dice, en cambio, en relación a los documentos y la correspondencia, por lo que se ha propuesto fijar el *dies a quo* en el fin del año civil en el que la carta o documento se expide o se recibe. Por lo que se refiere a las obligaciones de conservación derivadas de la legislación sobre blanqueo de capitales, habrá de estarse a lo señalado por el artículo 6.2 del citado reglamento, en virtud del cual el plazo se contará a partir del día en que finalicen las relaciones con un cliente para los documentos relativos a su identificación, y a partir de la ejecución de cada operación, para la conservación de los documentos o registros que la acreditan.

Y, finalmente, cabe hablar de un último límite, aunque evidente, del derecho de información de los herederos: estos *no pueden llegar a conocer más hechos de los que tendría derecho a tener conocimiento su causante*. A pesar de lo obvio que pueda parecer este enunciado, la cuestión ha dado lugar a un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en ordenamientos vecinos, precisamente a propósito de la comunicación a los herederos del librador de los datos que figuran al dorso de un cheque, al sostenerse por cierto sector que dichos datos tenían carácter confidencial, y que, en consecuencia, no podían ser comunicados ni al librador ni a sus herederos. La polémica se planteó en los siguientes términos: la identidad de los beneficiarios y de los endosantes de los cheques puede revelar a los herederos del librador ciertos aspectos de sus actividades o de su vida privada. Ahora bien, como los herederos del depositante tienen los mismos derechos que éste, resultaba obligado cuestionar el derecho

(84) En este sentido SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*op. cit.*, p. 82) y BLANCO CAMPAÑA (*Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980).

(85) Cfr. la sentencia de la AP de Oviedo de 13 de enero de 1993 (*RGD*, 1994, p. 2723) en la que se rechaza la argumentación del Banco demandado que pretendía no tener obligación alguna de conservar el original de un documento más allá de los cinco años a los que se refería el antiguo artículo 45 del C.com., señalando expresamente que "*tal argumentación no puede aceptarse en los casos, como el presente, en que existe contienda que afecta muy directamente al documento en cuestión*".

del cliente librador del cheque a pedir del Banco fotocopia del dorso del mismo, en donde figuran informaciones relativas al beneficiario, como el número de su cuenta o el Banco en que la detenta. En general, parece irse imponiendo el criterio de que quien acepta participar en el circuito de un título a la orden, acepta del mismo modo ser conocido por los que habrán de pagar ese título, aunque la cuestión dista todavía de ser pacífica (86).

B. Sujetos legimitados para acceder a la información bancaria del causante.

Delimitado el objeto del derecho de información de los sucesores del causante, surge el problema de qué personas pueden entenderse legítimadas para el ejercicio de tal derecho. Hasta ahora nos hemos referido genéricamente a los “herederos” o “sucesores del causante”. Pero es necesario realizar algunas puntualizaciones.

En la práctica bancaria española se entiende inoponible el secreto bancario a los sucesores del causante tanto a título universal como parti-

(86) La doctrina francesa mayoritaria es favorable a la comunicación (CABRILLAC, TEYS-SIE, GAVALDA, STTOUFLET) por considerar, o que tales datos no son confidenciales, o que debe primar el interés del librador de verificar la regularidad del título, o, por último, que el secreto bancario, efectivamente oponible ante el juez civil, no opera entre las partes de una misma operación. No faltan autores que, sin embargo, estiman que la revelación sería improcedente; y ello aun en los casos de cheques al portador (CREDOT y GÉRARD). También un sector de la doctrina italiana se muestra reticente a la posibilidad de que los bancos comuniquen al librador el nombre de quienes intervienen en la circulación de un título después de su emisión (MOLLE, *La Banca nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 151-164). La jurisprudencia francesa se encuentra dividida; así, se muestran, partidarias de que el banco facilite fotocopia tanto del anverso como del dorso de los cheques las sentencias del T. Civil de Mónaco de 3 de mayo de 1973; de la Cour Reims de 25 de febrero de 1993, *R. dr. bancaire*, 1993, p. 226; y del TGI. París de 16 de mayo de 1994, *JCC Banque-Crédit*, t. I, 140, p. 1). En cambio, se reconoce el derecho de la Banca de rechazar legítimamente la comunicación de informes bancarios oponiendo el secreto profesional, especialmente en el caso de que el librador solicite de su Banco la comunicación del anverso y del dorso del cheque, en la S. del Tribunal de Grand Instance de París, de 21 de marzo de 1991 (*RTD com.*, 1991, p. 615) en la S. Cour d'Appel de Nancy de 23 de abril de 1998 (*Rev. dr. bancaire*, 1998, p. 142) y en la S. de la Cour d'Appel de Nîmnes de 9 de diciembre de 1999 (*Rev. dr. bancaire*, 2001, p. 151). Se ha desperdiciado la ocasión de esclarecer definitivamente la cuestión en la S. Cass. Com. de 13 de abril de 1995 (*R. dr. bancaire*, 1995, p. 145), que tras afirmar que el secreto profesional al que está obligado el banquero constituye un “impedimento legítimo” oponible al juez civil, no se pronuncia sobre si el banquero puede, también legítimamente, rechazar dar a su propio cliente el dorso de un cheque que él mismo ha emitido. Para la doctrina alemana el Banco se encuentra en estos casos ante un conflicto de deberes, al estar obligado a la vez a dar información al librador (pues participando el contrato de cheque de la naturaleza del contrato de comisión, el comitente puede pedir al comisionista información sobre el desarrollo del negocio) y a guardar silencio frente a la persona que ha presentado el cheque al cobro (SICHTERMANN, *op. cit.*, p. 156). La solución, a juicio de este autor, será distinta según los casos, debiéndose sopesar los intereses del librador y del presentador.

cular. En la doctrina (87), sin embargo, suele distinguirse entre sucesores universales o herederos (a los que debe equipararse el legatario de parte alicuota) a quienes resulta totalmente inoponible el secreto bancario, y sucesores a título particular o legatarios, a quienes se deniega todo tipo de información (88) –porque no continúan la personalidad del causante– o se limita ésta a las comunicaciones relativas a los bienes objeto de legado en poder del Banco el día del fallecimiento –con exclusión de las operaciones de la cuenta– (89).

Además, existen otras personas que, por la función que están llamadas a desempeñar en las operaciones sucesorias, necesitan acceder a la información bancaria del *de cuius*, y que, en consecuencia, entran en el círculo de personas frente a las que no actúa el secreto bancario (90). Dichas personas son: el *albacea*, entre cuyas facultades está la de tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes (902.4 C.c.), lo que difícilmente podrá hacer si desconoce la composición, saldo, etc., de los bienes en poder del Banco; el *contador partidario* (nombrado en testamento o dativo), a quien compete la realización de la partición (1.057 C.c.); y a los *administradores de la testamentaría o de la herencia*, llamados a conservar los bienes y a representar a la herencia en las acciones que se promuevan así como al ejercicio de las acciones que pudieran corresponder al difunto (arts. 798 y 801 de la LEC; 1.026 del C.c.) (91). Al contrario que en otros ordenamientos, el notario en nuestro país no está encargado de ordenar la sucesión, por lo que no le corresponde ningún derecho de información.

(87) Al referirnos a la “doctrina” aludimos fundamentalmente a la extranjera; ya que la española apenas se ha ocupado del tema, limitándose a reconocer un derecho de información a los herederos *in genere* (BATLLE SALES, *El derecho a la intimidad privada...*, cit., p. 120) o sólo a los sucesores a título universal (BÉRGAMO, *op. cit.*, p. 796). FERNÁNDEZ ARMESTO y DE CARLOS BELTRÁN, *op. cit.*, p. 198, aluden, de pasada, a que el secreto bancario no juega frente a los sucesores a título universal o particular del cliente.

(88) HENRION, “Le secret bancaire en droit luxembourgeois...”, cit., p. 165; MULLER, “Le secret bancaire aux Pays-Bas”, *Le secret bancaire dans la CEE...*; cit., pp. 107 y ss.; SCHMIT y DONDELINGER, *op. cit.*, p. 169; JAGMETTI, *op. cit.*, pp. 403-4.

(89) GAVALDA-STOUFFLET, “Devoirs professionnels des établissements de crédit”, *JCC-Banque-Crédit*, t. I, f. 140, p. 16.

(90) En Italia GIANFELICI, *op. cit.*, pp. 258-259, afirma que la banca podrá facilitar informaciones y fotocopias de la documentación sobre las operaciones en curso en el momento de la muerte del causante en favor del ejecutor testamentario y del curador de la herencia yacente, en atención a las funciones que están llamados a desempeñar (administración de la herencia, formación de inventario, etc.). Del mismo modo SICHTERMANN, *op. cit.*, p. 150, incluye en la rúbrica de administrador de patrimonios ajenos (“*Verwalter fremder Vermögen*”) con derecho a ejercitar un derecho de información idéntico al que tendría el cliente a los curadores y administradores de la herencia y a los ejecutores testamentarios.

(91) La sentencia de la Cour d’Appel de París de 6 de febrero de 1998 (*Rev. dr. bancaire*, 1998, p. 69) ha considerado que no procede la comunicación de los datos solicitados a la banca por el *expert judiciaire* encargado de una sucesión, en relación con las cuentas abiertas

En relación con los *usufructuarios* de determinados bienes o de una porción de la herencia, está claro que no ostentan la condición de herederos (92), y que como tales usufructuarios no tienen facultad de disposición, salvo que expresamente le haya sido otorgada por el testador (93), lo que en principio, movería a entenderlos excluidos del derecho de información. Sin embargo, es cierto también que el usufructo da derecho no sólo a los frutos del objeto usufructuado, sino también a su uso. Lo que ocurre es que es imposible hacer uso de los fondos existentes en una cuenta sin consumirlos. Debe entonces aplicarse el artículo 482 C.c., según el cual, recayendo el usufructo sobre bienes consumibles, el usufructuario tiene derecho a servirse de ellas con la obligación de restituir las. Efectivamente, dispone el citado precepto que “*si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubieren dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituir las en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo*”. Por otra parte, los usufructuarios dispensados de prestar fianza están facultados para reclamar los créditos vencidos (art. 507 C.c.); facultad para cuyo ejercicio puede resultar indispensable este derecho de información (94).

a nombre de otra persona, bajo la alegación de que la reconstrucción del activo y del pasivo de la sucesión de la que estaba encargado no podría ser realizada más que accediendo a las cuentas abiertas a nombre de la interesada en dicha banca; y ello porque tales informaciones (a excepción del estado civil de la cliente, que el Tribunal estima que no constituye información confidencial) sólo podrían ser solicitadas al propio titular de la cuenta.

(92) S. AP Madrid de 29 de enero de 1993. (RGD, 1993, p. 5165).

(93) La S. AP de Cuenca de 19 de febrero de 1996, califica de “actos de apoderamiento sin título” las extracciones de dinero realizadas por la usufructuaria sin conocimiento ni consentimiento de los herederos, apropiándose de esas cantidades como propietaria. Por las razones arriba indicadas, no podemos sino discrepar de esta resolución: el usufructuario de una suma de dinero tiene derecho a usar del mismo, con la obligación, eso sí, de restituirlo. En igual sentido BOUTELLER, “Comptes ayant plusieurs titulaires”, *JCC-Banque-Crédit*, t. II, f. 240, p. 6, y SOUSI, “La spécificité juridique de l’obligation de somme d’argent”, *RTD civ.*, 1984, p. 527. AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 245, son partidarios de reconocer el derecho de información sobre los haberes depositados en el Banco tanto al usufructuario como al nudo propietario, aunque a éste último no se le debe dar noticia alguna sobre la cuenta corriente en la que se entregan las rentas, de las que sólo el usufructuario puede disponer.

(94) Las hipótesis de usufructo de una cuenta, ya suficientemente excepcional de por sí, normalmente tendrán origen en alguna disposición testamentaria, por la que se deje a una persona la nuda propiedad y a otra el usufructo, encontrándose, entre los bienes de la herencia, el saldo de una determinada cuenta. Por esta razón hemos creído oportuno aludir a los derechos de información del usufructuario en este apartado. Señala BOUTELLIER (*loc. ult. cit.*) que no es frecuente que el Banco permita el funcionamiento de este tipo de cuentas en razón de su particularismo y de las dificultades prácticas que plantea, por lo que frecuentemente, se acude a la fórmula de clausurar esa cuenta y abrir otra distinta con el solo nombre del usufructuario.

Caso particular es el de las llamadas *cuentas indistintas*, en las que a menudo surgen conflictos entre los sucesores del cotitular fallecido y los cotitulares supérstites (95); así, por ejemplo, son habituales los litigios en los que los herederos tratan de demostrar frente al cotitular que los fondos depositados en la cuenta pertenecían en su totalidad a su causante (96). En casi todos los ordenamientos se tiende a preservar los intereses de los herederos, concediéndoles un derecho de información sobre la cuenta de la que era cotitular el causante, haciendo inoponible frente a ellos el secreto bancario (97). Hay que tener en cuenta que una de las ideas básicas que inspiran el Derecho Sucesorio es que la atribución de

(95) Reflejo de esta idea se encuentra en la S. AP de Salamanca de 7 de junio de 1994 (AC, 1994-3, @ 1.399) cuando destaca, al igual que la doctrina más autorizada, *“la potencialidad conflictiva de estas modalidades bancarias bajo cuya cobertura pueden cobijarse verdaderas y propias manifestaciones de voluntad emitidas con otros fines además del específico y propio de la disponibilidad indistinta, pues nada obsta a que el querer real de quien contrata una cuenta y deposita dinero en ella sea el de, por ejemplo, establecer un acto de liberalidad o utilizarlas incluso como una fórmula alternativa de testamento. Pueden ser por tanto variados los efectos jurídicos que se desprendan de estas cuentas de titularidad indistinta. El más frecuente se desencadena, (...), cuando se produce el fallecimiento de algún titular y entran en conflicto los intereses del supérstite y los herederos del premuerto, efectos que también alcanzan a la entidad bancaria que se verá involucrada en el problema, por cuanto debe conocer quien entre todos los interesados resulta ser en definitiva el acreedor legítimo a quien han de ir a parar los fondos de la cuenta y a quien por tanto, debe realizar la entrega”*.

(96) Cfr., por ejemplo, SS TS de 7 de junio de 1996 (Ar. 4.826), 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9.425); 8 de febrero y 14 de junio de 1991 (Ar. 1.156 y 4.463, respectivamente).

(97) MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 191, indica que *“la tendencia a proteger los derechos de los herederos sobre la cuota del titular fallecido (y a garantizar el interés público correlativo al cumplimiento de las cargas fiscales) es una constante”*. Correlativamente, la concesión de un derecho de *información* a los herederos se presenta como medio instrumental indispensable para poder hacer efectivos esos derechos sobre la cuota del cotitular fallecido. La excepción más característica a este enunciado viene representada por el ordenamiento libanés, ordenamiento que ha llamado la atención de numerosos estudiosos del secreto bancario no sólo porque en él la institución que nos ocupa alcanza una de las mayores cotas de protección (siendo utilizada como un evidente mecanismo de atracción de capitales extranjeros), sino también por contar con una ley específica para el secreto bancario (Ley de 3 de septiembre de 1956) y otra para la cuenta conjunta (Ley de 19 de diciembre de 1961) que le afecta en gran medida. En efecto, como principio general el Derecho libanés acepta que el derecho al secreto se transmite a los herederos, según se deduce del artículo 2 de la ley sobre el secreto bancario, que permite la divulgación de la identidad del depositario *“en caso de autorización escrita de él o de sus herederos o legatarios”*. Si los herederos pueden consentir la revelación es porque ellos mismos tienen derecho al secreto, pues nadie puede renunciar a derechos de los que no es titular. Sin embargo, el artículo 3 de la Ley sobre la Cuenta Conjunta dispone que en caso de muerte de uno de los titulares de este tipo de cuentas, *“él o los cotitulares disponen de la totalidad de dicha cuenta, que pueden hacer funcionar libremente. En este caso la Banca no está obligada a proporcionar ningún informe a los herederos del titular fallecido, salvo cláusula en contrario expresamente previsto en el contrato de cuenta conjunta*. El texto de este artículo debe ser reproducido literalmente en el contrato”. Con lo que resulta evidente que, de no insertarse la cláusula en favor de los herederos se está favoreciendo una nueva forma de transmisión *mortis causa* de los bienes al tiempo que se desprotege la legítima de los herederos (*vid.*, al respecto, FARHAT, *Le secret bancaire...*, *cit.*, pp. 101 y ss., con referencia a las discusiones parlamentarias).

bienes a personas que no tengan la cualidad de heredero ha de hacerse por testamento, con las formalidades exigidas legalmente, y que esta atribución nunca puede perjudicar la legítima de los herederos forzosos –art. 806 C.c.– (98). El mecanismo de la cuenta corriente indistinta no puede, por ello, ser utilizada para la transmisión *mortis causa* de los bienes; de ahí la tendencia a proteger los derechos de los herederos, que encuentra justificación, a mayor abundamiento, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara que la protección de las legítimas es de orden público (99). Es más, la jurisprudencia no sólo entiende que el secreto bancario es inoponible a los herederos en este particular tipo de cuentas, sino que les confiere un auténtico derecho de información sobre los hechos de relevancia que afecten a la cuenta abierta por el causante. Ejemplo de esto es la **S. de la AP de Barcelona de 3 de mayo de 1995**. La heredera del titular de determinados efectos informa a la entidad de crédito de la muerte de éste, acreditando, mediante exhibición del auto de declaración de herederos, su condición de heredera, en base a lo cual solicita determinadas certificaciones de la cuenta del causante, que, efectivamente, le son proporcionadas. El problema surge cuando el Banco, en un momento posterior, procede a ingresar el producto de la amortización de las obligaciones del fallecido en una cuenta indistinta, de la que eran cotitulares el fallecido y una tercera persona, sin dar noticia alguna de este hecho a la referida heredera. La Audiencia condena a la Entidad de Crédito solidariamente con el otro cotitular a entregarle las cantidades procedentes de la amortización de las obligaciones, al entender que había faltado al deber de diligencia:

“la entidad depositaria, habiendo tenido conocimiento de manera oficial del fallecimiento del titular de las obligaciones y de que existía una persona declarada heredera, quien tenía un firme propósito de defender sus derechos como lo prueba que acudiera a solicitar información y certificaciones de las cuentas del padre, que la propia Caja le facilitó, no podía ingresar el producto de amortización de las obligaciones de F. más de un año después de la muerte del titular y de ser advertida por la heredera y legal sucesora en la titularidad de las mismas, de forma mecánica en la cuenta corriente que en su momento y en vida del referido depositante había sido designada para ello, sin notificarlo o ponerlo en conocimiento de aquella heredera, y ello máxime cuando se trató de una amortización anticipada y obligatoria consecuencia del plan de viabilidad de la compañía F. y por tanto al ser un hecho de carácter excepcional, que no podía, con los datos y certificados librados por la propia entidad, ser previsto por la demandante”.

(98) Cfr., al respecto, la S. AP de Ciudad Real de 5 de noviembre de 1993, en la que se resumen los principios generales del Derecho Sucesorio de los que hay que partir para la atribución de los saldos de las cuentas corrientes (AC, 1994, p. 470).

(99) STS de 23 de octubre de 1992 (Ar. 8.280).

Por otro lado, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha entendido que los herederos de uno de los titulares de una cuenta indistinta ocupan la misma posición de su causante y tienen derecho a ser informados de cuanto acontece relacionado con la cuenta que sea posterior al óbito (100).

En el supuesto de que el contrato de cuenta corriente indistinta contuviera la llamada “cláusula de exclusión de herederos” (es decir, una cláusula por la que se estipula que, fallecido uno de los cotitulares de la cuenta, el contrato continúa con el resto de los cotitulares supervivientes, pero no con los herederos del difunto) (101), resulta impensable que el secreto bancario pudiera ser opuesto a los herederos del titular pre-muerto, quienes pueden ostentar derechos sobre la totalidad o parte de los fondos existentes en la cuenta. Es más, el derecho de información de los herederos sería el único medio por el que podría admitirse la validez de tal cláusula. En relación también con las cuentas de titularidad indistinta se ha sugerido la obligación del Banco que haya tenido noticia del fallecimiento de uno de los titulares, de informar a sus herederos de la existencia de dicha cuenta (102). Pero en la práctica española la situación es más bien la contraria: se insiste en el deber de los herederos o del coti-

(100) Expediente 1.822/99, Memorias del SRBE correspondientes a 2000, p. 63. En el supuesto, frente a las concretas imputaciones del abogado representante de la comunidad hereditaria reclamante, discrepando de distintas actuaciones, como el cierre de una cuenta, traspaso del saldo a otra, abono de dividendos en una tercera, etc., sin órdenes expresas por personas facultadas, la entidad no proporcionó información alguna, escudándose en la falta de aportación de determinada documentación de una de las testamentarías (los dos titulares de la cuenta, abierta con carácter indistinto, habían fallecido). El Servicio entendió que los herederos de uno de los titulares de la cuenta indistinta ocupan la misma posición de su causante, y tienen derecho a ser informados de cuanto acontece relacionado con la cuenta que sea posterior al óbito, estimándose, en consecuencia, que la actuación de la entidad fue poco transparente.

(101) La validez de dicha cláusula ha sido admitida en Derecho español por la doctrina que se ha ocupado del tema, en base precisamente a la acentuada relación de confianza que existe entre los cotitulares de una cuenta indistinta, por lo cual, fallecido uno de ellos, los demás pueden oponerse legítimamente a que el contrato continúe con los herederos (cfr. MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, pp. 70-71). En el Ordenamiento helvético tanto la doctrina como la jurisprudencia considera que este tipo de cláusulas son válidas en virtud del principio de autonomía de la voluntad. LORD CHORLEY, *op. cit.*, p. 160, se refiere, asimismo, a la cláusula de “*survivorship*” en las “*joint accounts*”, definiéndola como la cláusula por la que los derechos de un cotitular en una cuenta bancaria se transmiten, a su muerte, al resto de los cotitulares. Sin embargo, indica que los tribunales suelen mostrarse contrarios a este tipo de cláusula, refiriéndose, además, a los problemas a que da lugar en la práctica bancaria, especialmente en los supuestos de cuentas encabezadas por marido y mujer.

(102) En este sentido, GAVALDA y STOUFLET (*JCC-Banque-Crédit*, f. 240, p. 12), quienes precisan que la banca no está obligada a investigar los herederos del difunto, al tiempo que HENRION, “*Le secret bancaire en Belgique...*”, *cit.*, p. 169, se limita a dejar apuntado el problema, preguntándose si no informar a los herederos de la existencia de la cuenta supondría una falta al principio de colaboración entre acreedores y deudores.

tular supérstite de comunicar el fallecimiento. Al efecto se incluyen en las condiciones generales cláusulas por las que se hace responsables a los clientes de las disposiciones de dinero efectuadas tras el fallecimiento de un cotitular sin haber dado cumplimiento a la normativa fiscal (103). Pero no se establece una correlativa obligación del banco de comunicar “de oficio” a los herederos la existencia de una cuenta indistinta.

C. Condiciones para el ejercicio del derecho de información.

Los sujetos legitimados para ejercitar el derecho de información deberán acreditar no sólo el fallecimiento del causante, mediante exhibición del certificado de defunción, sino también su condición de herederos o persona con derecho para acceder a la información solicitada. Será necesario, por tanto, presentar, según los casos, copia autorizada del último testamento o testimonio del auto de declaración de herederos, si el que pide la información es un heredero. En defecto del auto de declaración de herederos o testamento, entendemos que sería suficiente la exhibición de algún documento del que inequívocamente se deduzca la condición de heredero del solicitante de información. En el caso de que el Banco no lo considerase suficiente, puede acudir al recurso de un acta de notoriedad notarial (104). Si el solicitante de información es una persona encargada de realizar determinadas tareas en las operaciones sucesorias, será preciso el testimonio de la resolución judicial de nombramiento de contador partidor o administrador de la herencia, según los casos (art. 1.007, párr. 2 de la LEC) (105).

(103) El deber del cotitular supérstite de informar del óbito se refleja también en la jurisprudencia sobre prestaciones de la Seguridad Social indebidamente cobradas a través de Entidades financieras. Así, la S. AP de Oviedo de 18 de diciembre de 1996 (AC, 1997-2, @ 638): “De todo lo cual se infiere que se está ante unos abonos que fueron incorrectamente realizados en la libreta, por culpa únicamente imputable al (cotitular) demandado, a quien incumbía notificar a la Caja el fallecimiento de la cotitular de la cuenta, lo que no hizo como él mismo reconoce”.

(104) *Vid.*, en este sentido, *Manual Jurídico de las Operaciones Bancarias*, p. 125.

(105) En la S. AP Barcelona de 3 de mayo de 1995, como vimos, la heredera había acreditado su condición mediante la exhibición del auto de declaración de herederos. En general, en casi todos los ordenamientos la doctrina exige, como no podía ser de otro modo, que se justifique documentalmente la condición de persona con derecho de recibir información. Así, a juicio de GIANFELICI, *op. cit.*, p. 260, antes de facilitar la información solicitada, el Banco deberá comprobar el fallecimiento del causante y el justificante de la cualidad hereditaria del solicitante, el número de derechohabientes del cliente fallecido, la existencia o no de disposiciones testamentarias y la capacidad jurídica del heredero. Por su parte, AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*op. cit.*, p. 205) al describir la práctica bancaria helvética señalan que el heredero que actúa individualmente debe presentarse con los siguientes justificantes: acta de defunción y documento que establezca su cualidad de heredero. Por cierto, la exigencia de estos documentos ha sido el obstáculo que ha impedido en la práctica, a los herederos de las víctimas del

No creemos, sin embargo, que sea preciso aportar aquellos documentos necesarios para justificar la adjudicación de los bienes o el pago o exención del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Tal documentación es requerida en los casos en que se pretende efectuar una disposición de fondos, por exigencia expresa de la ley fiscal, pero no para una mera petición de información, información que, por lo demás puede ser de vital importancia precisamente para la satisfacción de tales impuestos, para la elaboración de un cuaderno particional, etc. Y precisamente en este sentido resuelve el Servicio de Reclamaciones del Banco de España la reclamación 941/99. En el supuesto planteado, el Banco no había entregado a quien acreditó ser heredero del titular fallecido la información pertinente sobre el estado de las cuentas a la fecha del fallecimiento, poniendo como requisito previo que el heredero justificaría el pago del Impuesto de Sucesiones. Entiende el Servicio de Reclamaciones que el cumplimiento de tal requisito era imposible si se tiene en cuenta que los herederos precisan conocer los saldos existentes en las cuentas antes de cumplir con sus obligaciones fiscales. En consecuencia, el comportamiento de la entidad es calificado como contrario a las buenas prácticas bancarias. En el mismo sentido resuelve el Servicio la reclamación del heredero contra la negativa de la entidad crediticia a facilitar información sobre la cuenta de la madre del reclamante, por ser necesaria para realizar la correspondiente testamentaria (Reclamación 1.518/1999) (106).

Holocausto conseguir información sobre las cuentas por ellos detentadas en Suiza: se ha dicho muy gráficamente que Hitler no expedía certificados de defunción. Señala ZIEGLER, en su polémico libro sobre *El oro Nazi* (*op. cit.*, p. 115) que, si en algunos casos los herederos conseguían obtener una declaración de fallecimiento, entonces los Bancos exigían que el solicitante de información probara ser el único heredero de la familia, extremo harto difícil teniendo en cuenta que en los campos de exterminio fueron gaseadas familias enteras. También las Condiciones Generales de la Banca Alemana (*AGB- Banken*, 1993) disponen en su número 5 que *"Después del fallecimiento del cliente, el Banco podrá exigir la presentación de un certificado de herencia, de un certificado de nombramiento de albacea o de otra documentación necesaria para aclarar el derecho de disposición: los documentos redactados en idioma extranjero han de presentarse, a exigencia del banco, en traducción al idioma alemán. El Banco podrá prescindir de la presentación del certificado de herencia o del certificado de nombramiento de albacea, si se le presenta un ejemplar o una copia autenticada de la disposición de última voluntad (testamento, contrato sucesorio) junto con el respectivo acta de apertura de la sucesión. El Banco podrá considerar a la persona designada en dichos documentos como heredera o albacea, como autorizada y permitirle disponer y, en especial, efectuar a favor de ella prestaciones con efecto liberatorio. Lo antedicho no vale si el banco tiene conocimiento de que la persona en cuestión no tiene el derecho de disposición (por ejemplo, tras la impugnación o por nulidad del testamento) o si por negligencia no llegó a tener conocimiento de ello"*.

(106) En cambio, cuando lo que pretenden los herederos es efectuar una disposición de fondos, los artículos 32.4 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones y 91.4 de su Reglamento (aprobado por RD 1.629/1991, de 8 de noviembre), disponen que los órganos judiciales *intermediarios financieros*, Asociaciones, Fundaciones, Sociedades, funcionarios y particulares o cualquiera otras Entidades públicas o privadas,

Otra pregunta que cabe formularse, también en relación a la forma de ejercicio del derecho de información, es la de si éste puede hacerse valer por cualquier heredero individualmente o si, por el contrario, es necesario que todos ellos actúen de forma conjunta. Creemos que, por analogía con el supuesto de cuenta corriente de titularidad plural, el derecho de información corresponderá a cada heredero de forma individual (107). Si cada cotitular puede pedir información sobre el estado de la cuenta, cada heredero podrá usar de este derecho sin necesitar el consentimiento de los demás.

6. Responsabilidades derivadas de la violación del secreto bancario

En primer lugar, es necesario destacar que las actuaciones de una entidad de crédito pueden dar lugar a la exigencia de los más variados tipos de responsabilidad, de conformidad con el ilícito en cada caso cometido: civil, penal o administrativo. Además, y en relación con los empleados del banco, puede hablarse de una responsabilidad “laboral”, esto es, de la eventual aplicación de sanciones disciplinarias por parte de la propia

no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice. La obligación es particularmente grave teniendo en cuenta que pueden ser considerados subsidiariamente responsables del pago del impuesto, salvo que resulten de aplicación las normas sobre responsabilidad solidaria de la LGT, en las transmisiones *mortis causa* de depósitos, garantías o cuentas corrientes, los intermediarios financieros o personas que hubieren entregado el metálico y los valores depositados o devuelto las garantías constituidas [art. 8 a) de la Lcy y 19.1 a) del Reglamento].

(107) En igual sentido, COLTRO CAMPI, *op. cit.*, p. 20, y GIANFELICI, *op. cit.*, p. 263 (aunque este último advierte que en el terreno práctico, para evitar todo posible litigio con otros herederos, el Banco puede convenir que la solicitud de información cuente con el consentimiento de todos los herederos); en contra RUTA, “Le secret bancaire en Droit italien”, *cit.*, p. 134. La doctrina alemana, en general, se inclina por la solución contraria. Así SIGHTERMANN, *op. cit.*, p. 52, quien, sobre la base del parágrafo 2.039 del BGB (“perteneciendo un crédito a la herencia, el obligado sólo puede cumplir frente a todos los herederos conjuntamente, y cada coheredero sólo puede pedir el cumplimiento para todos los herederos. Cada coheredero puede pedir que el obligado a cumplir la prestación, la deposite en favor de todos los herederos, y si no es apta para el depósito, la entregue en custodia judicial”) y del 2.038 (“la administración de la herencia corresponde a los herederos conjuntamente”), entiende que el derecho de información sólo puede ser ejercitado conjuntamente, aunque uno de ellos puede pedir que el Banco proporcione información *para toda la comunidad hereditaria* (sin ser necesaria entonces la aprobación de todos los herederos a la formulación de la solicitud). Lo que —añade— está en consonancia con las necesidades de la práctica, pues cada heredero debe decidir de forma individual si va a rechazar la herencia por sobreendeudamiento; a él sólo se puede fijar un plazo para la formación de inventario, etc. Esta misma postura es compartida por CANARIS, *op. cit.*, p. 569, no sólo para formular solicitudes de información, sino también para plantear demandas por la ruptura del secreto bancario.

entidad. Sin perjuicio de efectuar algunas consideraciones sobre los supuestos de exigencia de responsabilidad penal o administrativa por la violación del secreto bancario, el núcleo de nuestro estudio se referirá al campo de la responsabilidad civil.

Pues bien, en la actualidad no es posible hablar de la existencia de un régimen especial de responsabilidad civil en el ámbito del Derecho Bancario. En efecto, consideramos que hoy en día resulta exagerado hablar de la efectiva aplicación a la actividad de la empresa bancaria, en general, de los criterios de la responsabilidad objetiva o de la responsabilidad por riesgo de empresa (108). Esto sólo sucede en los supuestos en que la ley lo establece expresamente, y fuera de ellos, en relación con actividades que implican un riesgo considerado como anormal. De este modo, si se observa detenidamente la jurisprudencia en que se hace referencia a la responsabilidad por riesgo profesional del banco, puede comprobarse cómo siempre se trata de supuestos en los que se hace aplicación del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuya virtud, el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa (109). Y aun en estos casos, el Tribunal tiende a apurar el grado de diligencia exigible a la Banca, de modo que tras la afirmación teórica de que el artículo 156 LCCh constituye un claro ejemplo de responsabilidad cuasi objetiva, a la hora de analizar el caso concreto siempre aprecia una negligencia en el comportamiento de la Banca, rehusando efectuar una declaración de responsabilidad basada únicamente en el principio de responsabilidad

(108) Incluso autores que, en principio, parecen firmemente partidarios del establecimiento de una responsabilidad objetiva para la actuación de las entidades de crédito (así, SÁNCHEZ MIGUEL), en realidad lo que proponen es un mayor rigor en el grado de responsabilidad de dichas entidades. De este modo, acaba matizando que “aun partiendo de un principio positivo, la responsabilidad de la banca por los hechos que puedan considerarse dentro de su actividad, también es cierto que esta responsabilidad cesa cuando prueba la ausencia de culpa”.

(109) Hacen referencia expresa a la doctrina de riesgo profesional en el pago de cheques falsos las sentencias del TS de 18 de mayo de 1993 (“se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, debe responder del pago indebido el banco, por no extremar la diligencia e incluso por la teoría del riesgo”); 1 de marzo de 1994 (Ar. 1.636) y 9 de febrero de 1998 (Ar. 705). También, en numerosas ocasiones las sentencias de las Audiencias Provinciales aplican la doctrina del riesgo: AP de Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 1993 (RGD, 1996, p. 1250), AP de Madrid de 14 de diciembre de 1994 (AC, 1995-II, @ 769), 2 de octubre de 1995 (RGD, 1995, p. 13843), 27 de enero y 2 de junio de 1997 (RGD, 1997, p. 6345 y 15054); la AP de Valencia de 29 de enero de 1996 (RGD, 1996, p. 5913) y AP de Ciudad Real de 31 de julio de 1999 (RGD, 2000, p. 5377). La doctrina española encuentra, de forma casi unánime, el fundamento de este estricto régimen de responsabilidad cuasi objetiva del librado en la doctrina del riesgo profesional o de la responsabilidad por el riesgo creado. *Vid.*, por todos, FARRANDO MIGUEL, cit., pp. 470-1.

objetiva (110). En los demás, la responsabilidad sigue anclada en la culpa, por más que el grado de diligencia exigible sea superior a la medida señalada por el 1.104 C.c., y aunque se observen en la aplicación de la responsabilidad extracontractual algunas de las tendencias actuales en la evolución de los criterios de aplicación del 1.902 C.c. Incluso hay supuestos en los que se aplica la doctrina del riesgo al cliente de la entidad de crédito, por las ventajas que la utilización de un determinado servicio comporta (111).

Pero aun no pudiendo hablarse de un verdadero *régimen especial* de responsabilidad para la Banca, sin embargo, las peculiares características de la actividad bancaria sí han llevado a destacar, tanto en nuestro ordenamiento como en otros vecinos, ciertas *matizaciones* a la hora de apreciar la responsabilidad contractual o extracontractual de estas entidades. Para justificarlas, se destaca el primordial papel que la actividad crediticia desempeña en el conjunto de la economía, con la consiguiente repercusión de sus actividades en la del resto de los operadores económicos y su carácter instrumental para el ejercicio de otras actividades, lo que da pie para esperar una especial diligencia en la realización de sus tareas. Estas especiales características de la actividad crediticia inciden, en primer lugar, en el *grado de diligencia* exigible a la Banca, y así, se ha propuesto como módulo de responsabilidad del banquero el patrón del *bonus argentarius*, esto es, el parámetro de pericia y diligencia del experto

(110) Ocurre así, por ejemplo, en la sentencia de la AP de Valencia de 27 de noviembre de 1995 (RGD, 1996, p. 5913): “*El banco no apuró su diligencia al tratarse de dos cheques de un importe muy superior a los que normalmente se venían abonando*”, y la del mismo tribunal de 28 de junio de 1994 (Colex 94CP2022) que aprecia concurrencia de culpas, atribuyendo a la entidad bancaria responsabilidad por negligencia al haber pagado el cheque correspondiente a un cliente conocido, del que era sabido que no solía disponer de sumas tan elevadas como la pagada con el cheque falsificado, sin verificar previamente si el cheque era conforme o no lo era. La sentencia de la AP de Madrid de 18 de junio de 1998 (AC, @ 15), tras afirmar que la responsabilidad ex artículo 156 LCCh constituye un claro ejemplo de responsabilidad por riesgo profesional “*que se independiza de la diligencia en concreto observada por el empleado que recibió el cheque y autorizó su pago (...) pues el texto legal no hace depender de tal circunstancia la responsabilidad de la entidad librada, resultando por tanto indiferente el grado de perfección alcanzado con la falsificación y la pericia de aquél en detectarla*”, tipifica la conducta del banco como negligente, por no haber hecho pasar el cheque por las lámparas destinadas a detectar falsificaciones, lo que constituye “*una omisión de una conducta socialmente exigible, mediante la adopción de las normas más elementales de previsión y cuidado en el desarrollo de su actividad profesional*”.

(111) En este sentido la sentencia de la AP de Soria de 2 de noviembre de 1996 estima que la expedición de una tarjeta 4B no supone obligación por parte del banco de comprobar la identidad del usuario en cada acto de disposición “*pues las indudables ventajas que supone para el usuario este medio de pago tiene como inevitable contrapartida la sustitución de la personal comprobación de identidad por el sistema de clave numérica secreta, pero que el titular puede comunicar a terceros, asumiendo el riesgo que dicha decisión genera*”.

operador del sector, en nuestro caso, del banquero atento, experto y diligente, frente al modelo del *bonus pater familias*, es decir, del hombre medio, de normal pericia y diligencia (112).

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto de una violación del deber de secreto por parte de las entidades crediticias, surge inmediatamente la cuestión de intentar clarificar por qué tipo de culpa responde el banquero, es decir, si sólo incurre en responsabilidad en los supuestos de una violación del secreto bancario cometida a título de dolo o de culpa grave o si también puede apreciarse dicha responsabilidad en las hipótesis de culpa leve. Por nuestra parte entendemos que dada la cualificación de la diligencia exigible al banquero que establece, como hemos visto, la más reciente jurisprudencia, su responsabilidad debería también extenderse a los supuestos de culpa leve (113). Un ejemplo de violación negligente del secreto bancario sería el de acceder a dar información telefónicamente a quien dice ser titular de una cuenta sin hacer las comprobaciones necesarias (114), o también la remisión errónea de

(112) En este sentido, ya son de cita común las sentencias del TS de 15 de julio de 1998 (Ar. 5.717) y 9 de febrero de 1998 (Ar. 705) en las que se afirma que “*la diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto, que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se les exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos*”. El artículo 1 de las Condiciones Generales relativas a la relación banca-cliente que figuran en el Protocolo de Entendimiento entre la Asociación Bancaria Italiana y diversas Asociaciones de Consumidores, establece precisamente que en las relaciones con la clientela la banca está obligada a observar criterios de diligencia adecuados a su condición profesional y a la naturaleza de la actividad desarrollada, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.176 del Código civil, precepto que distingue entre el grado de diligencia que, con carácter general, debe observar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (la de un buen padre de familia) y la diligencia que debe adoptarse en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, que deberá valorarse en relación a la naturaleza de la actividad desarrollada.

(113) En igual sentido, GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, p. 102. Aunque no referido al supuesto de violación del secreto bancario, sino de responsabilidad derivada del suministro de informaciones inexactas, considera igualmente EMBID IRUJO, *op. cit.*, p. 112, que la banca debe responder por cualquier tipo de culpa.

(114) GULPHE, *op. cit.*, cita, en este sentido, la sentencia de la Cour de París de 17 de octubre de 1931, en la que se dieron informaciones por teléfono sin haberse asegurado de la identidad del interlocutor. La revista *Banque* (n.º 589, febrero de 1998, p. 98) recomienda en estos supuestos al banquero adoptar la máxima prudencia, advirtiendo que debe abstenerse de proporcionar la información telefónicamente salvo si no existe duda alguna sobre la identidad del cliente, bien conocido por el cajero. Para evitar el descontento de su interlocutor, que quizá sea el “buen” cliente, justificará su postura apelando al secreto llamado a proteger a los clientes contra las indiscreciones que podrían dañarle. BÄRMAN, *op. cit.*, p. 25, incluye entre los supuestos de negligencia las hipótesis en las que el banquero no se da cuenta de estar revelando un secreto, o cuando permite involuntariamente acceder a los secretos (o a los libros o documentos de negocios).

documentos bancarios (por ejemplo, de extractos de cuenta) a persona distinta del titular (imaginemos los daños que pueden irrogarse al cliente si el receptor de la información resulta ser un conocido suyo —supuesto nada descabellado si pensamos en equivocaciones a la hora de consignar el número del portal o del piso). Del mismo modo podría incurrir en responsabilidad la Banca que no haya adoptado las adecuadas medidas de seguridad en sus bancos de datos (115) o en los sistemas de Banca electrónica. Conviene recordar, a este respecto, las precauciones que, en relación al envío del número de identificación personal, debe adoptar el emisor de un medio de pago electrónico.

La naturaleza de la responsabilidad que puede derivarse para la entidad financiera en caso de revelación de noticias confidenciales será, sin lugar a dudas, de **carácter extracontractual** respecto a aquellos clientes con los que la banca no haya llegado a concluir un contrato (sería el caso de quien acude a la Entidad de crédito solicitando un préstamo, a cuyo fin le facilita múltiples informaciones sobre su solvencia, la actividad de su empresa, etc., pero sin que el contrato de préstamo finalmente tenga lugar), sirviendo entonces el artículo 1.902 del Código civil de base jurídica para fundamentar las pretensiones de resarcimiento.

Mayores problemas pueden surgir a la hora de determinar la naturaleza de la responsabilidad contraída cuando entre el cliente y el Banco media un contrato. Efectivamente, en tal supuesto, parece lógico entender, con la doctrina mayoritaria, que la violación del secreto bancario por el banco, comunicando los datos confidenciales que ha tenido conocimiento a través de su relación con el cliente, constituye una transgresión del artículo 1.258 del Código civil. El secreto bancario se entiende así, como un elemento integrador del contrato, que deriva de la nota de confianza presente en todos los contratos bancarios. Por tanto, la responsabilidad que surgiría en este supuesto, sería, evidentemente, de **carácter contractual** (116). Sin embargo no conviene perder de vista que, según la juris-

(115) El artículo 44.3 letra h) de la Ley de Protección de Datos califica de infracción grave el mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.

(116) En este sentido se pronuncian GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, pp. 96 y ss.; FAJARDO GARCÍA, *op. cit.*, p. 600; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 3237; SCHWINTOWSKY-SCHÄFER, *op. cit.*, p. 62; MOLLE, *Manuale di Diritto Bancario e dell' intermediazione finanziaria*, cit., p. 32; VIGO, *op. cit.*, p. 34; SECCHI TARUGI, *op. cit.*, p. 1455; RIPERT-ROBLLOT, *op. cit.*, p. 36; VÉZIAN, *op. cit.*, p. 239, y GAVALDA-STOUFFLET, "Le secret bancaire en France", cit., p. 95. La jurisprudencia francesa e italiana también discurren, en general, por ese camino. En relación con la primera, merece destacar la sentencia de la Corte de Apelación de París de 6 de febrero de 1975 (*For. it.*, 1976-IV, pp. 183 y ss., con nota de BESSONE): "A la responsabilidad de derecho común que puede resultar de la aplicación al banquero de las disposiciones del Código Penal se añade la que deriva de las obligaciones particulares, a las que, en razón de las relaciones contractuales está obligado frente a los propios clientes". Con relación a la jurisprudencia italiana,

prudencia del Tribunal Supremo, para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, se requiere que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado. Teniendo en cuenta que lo normal es que en ningún contrato bancario se pacte expresamente la obligación de respetar el secreto bancario –excepción hecha de algunos acuerdos previos de intercambio en los contratos de banca electrónica– puede interpretarse que la revelación de datos confidenciales lesiona el deber general de no causar daño a otro (art. 1.902 C.c.). Es más, en uno de los pocos casos por violación del secreto bancario del que tenemos conocimiento que haya llegado a la Sala I del Tribunal Supremo, la acción que se planteaba era la derivada del 1.902 C.c., a pesar de que, según se deduce claramente de los hechos, entre las partes había existido una relación contractual (117). Por ello entendemos que no sería descabellado pensar que puede operarse una yuxtaposición de responsabilidades, admitidas por nuestro Alto Tribunal (118) en base a la llamada unidad de la culpa civil, en cuya virtud puede, el perjudicado, optar por la acción que le resulte más favorable, plantearlas de forma alternativa o subsidiaria o, incluso, limitarse a relatar los hechos para que el Juzgador aplique las normas que estime más adecuadas (119).

cfr. la sentencia del Tribunal de Piacenza de 8 de julio de 1994 (*BBTC*, 1995-II, p. 607) y, sobre todo, la orden del Tribunal de Cagliari de 28 de noviembre de 1995 (*ibid.*, 1997-II, pp. 354 y ss.), relativa a la responsabilidad de la banca frente al cliente por remisión de datos inexactos a la Central de Información de Riesgos.

(117) STS de 26 de septiembre de 1995, Ar. 6.676. También en el asunto resuelto por la S. AP Baleares de 13 de octubre de 1998 (*AC*, 1999, @ 528), se ejercitaba la acción de responsabilidad extracontractual como consecuencia de unos hechos similares

(118) En este sentido, expresan las sentencias de 21 de abril de 1998 (Ar. 2.056), 31 de diciembre de 1997 (Ar. 9.493), 17 de junio de 1994 (Ar. 6.725) y las que allí se citan que “*Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optar por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible*”.

(119) Ahora bien, ¿qué ocurre si se ha optado por una acción en concreto y el Tribunal entiende que los hechos han de ser subsumidos en otro tipo de responsabilidad? Respecto a este problema, existen dos corrientes interpretativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la primera entiende que si se opta por una determinada clase de responsabilidad, la otra queda descartada. Expresiva de esta tendencia son las sentencias de 3 de mayo de 1999, 7 de abril de 1997 (Ar. 2.742) y de 11 de marzo de 1996 (Ar. 2.415) (con cita de jurisprudencia anterior): “*al tribunal de instancia le está vedado sustituir la acción ejercitada por otra distinta de la esgrimida, es decir, resolver la cuestión como situación de incumplimiento contractual, cuando lo que se postuló fue estado de culpa extracontractual*”. El juez debe, por tanto, atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda, sin poder cambiarla, incurriendo en incongruencia si lo hace. Frente a esta corriente, existe otra línea jurisprudencial minoritaria, de la que es ejemplo la sentencia del TS de 6 de junio de 1998 (Ar. 2.934), según la cual, aunque se califiquen los hechos de una manera, en virtud del principio *iura novit curia*, el tribunal no incurre en

Resulta evidente que en el marco de la compleja organización bancaria el banquero no realiza sólo sus tareas, por lo que el cliente consiente implícitamente que aquél comunique a sus dependientes o auxiliares los datos necesarios para la ejecución de sus labores, sin que esto represente una ruptura de su deber de discreción (120). Por otro lado, nuestro Código de Comercio autoriza al comisionista (y no olvidemos que en muchos de los contratos bancarios están presentes, en alguna medida, las notas del contrato de comisión) a emplear, bajo su responsabilidad, a sus dependientes en aquellas operaciones subalternas que, según la costumbre general del comercio, se confían a éstos (art. 261). Precisamente por ello, las violaciones del secreto bancario, cuando tienen lugar, se cometen más frecuentemente por empleados o auxiliares que por los órganos de la Banca, lo que nos da idea de la importancia práctica del problema.

Ahora bien, es necesario determinar los requisitos precisos para que la indiscreción cometida por el empleado de banca lleve aparejada la responsabilidad del banquero. En primer lugar es exigible una *relación de dependencia*. En general, no se plantearán problemas en la mayor parte de los casos, en los que existirá un vínculo laboral. No obstante, pueden presentarse algunos supuestos dudosos, como en el caso de colaboradores autónomos, por ejemplo, empresas encargadas de la gestión de las bases de datos del Banco (121); o de encargos efectuados a un tercer

incongruencia si declara la responsabilidad del demandado por una vía distinta a la ejercitada. Entendemos que esta segunda corriente, si bien es más acorde con la finalidad de resarcimiento de la víctima de la forma más completa posible que se encuentra en la base de la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades, sin embargo, podría conducir a una clara indefensión del demandado (en igual sentido *vid.* TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 289).

(120) El tema ha llegado a conocimiento de nuestro Tribunal Supremo, quien en la sentencia de 29 de octubre de 1997 (Ar. 7.343) concluía que no puede entenderse que sea constitutiva de una revelación, en el sentido del artículo 7.4 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, la inspección encomendada a dos empleados sobre las actividades ilícitas de otra empleada, “*pues la Caja demandada, como persona jurídica, actúa necesariamente por medio de personas físicas, y de ahí que no puedan esta ser consideradas como terceros, lo que conocen tales personas es como conocimiento de la propia Caja*”.

(121) Según se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia es habitual la celebración de contratos entre asociaciones de empresas, de un lado, y una o varias empresas dedicadas a la prestación de informes comerciales, de otro, en virtud de los cuales las segundas, además de facilitar los informes comerciales que las primeras les soliciten, se encargan de facilitar su servicio de recuperación de impagados y a *gestionar su registro de morosos* (Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de noviembre de 1997, Asunto A. 141/95, ASEFACOL; 23 de octubre de 1997, Asunto A. 121/95, Morosos tintas de imprimir; 29 de julio de 1997, Asunto A. 73/94, IMPORFOT; 24 de julio de 1997, Asunto A. 193/96, Bombas fluidos; 23 de marzo de 1997, Asunto A. 214/97, Morosos alquiladores de maquinarias; y de la misma fecha, Asunto A. 186/96, Morosos Constructores Urbanos de Gijón y A. 185/96, Morosos tuberías plásticas). En todos ellos se establece que el funcionamiento del registro es *responsabilidad de la asociación de empresas titular del registro*, quien responde del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley de Protección de Datos y

banco. Un sector de la doctrina propone acudir a la noción de *apariencia* para la resolución de los casos dudosos, es decir, aplicar el principio de que la responsabilidad bancaria surge si el público podía suponer que la persona con la que contrataba se encontraba bajo la dependencia del banquero (122). Pero este criterio no es suficiente para resolver todos los casos planteados, señaladamente, los supuestos en que la indiscreción se ha cometido por personas con las que el cliente no ha llegado a tener contacto. Otros autores aplican las normas sobre responsabilidad del mandatario en caso de delegación de funciones, solución que, sin embargo, deja fuera las hipótesis en las que no medie entre el cliente y el banco una relación de mandato o comisión (por ejemplo, el alquiler de una caja de seguridad) (123).

de la legislación sobre competencia adoptándose medidas de seguridad específicas. Por tanto, en caso de que una asociación bancaria encomendase a otra empresa la gestión de su registro de morosos, en aplicación de la jurisprudencia derivada de estas resoluciones, sería esta asociación bancaria responsable de las violaciones del secreto bancario que con motivo de la gestión del registro pudieran producirse. En igual sentido concluye HERRÁN ORTIZ, *op. cit.*, pp. 219-221, que en los casos en los que el tratamiento automatizado de los datos sea realizado por terceras personas, el titular del fichero siempre responde frente al afectado por el incumplimiento de las obligaciones que se prescriben por la LORTAD (esto es, el titular del fichero responde *siempre*, con independencia de que el tratamiento se realice materialmente por él o por un tercero a su cuenta). Ello no obsta, añade la citada autora, para que en aquellos supuestos en que sea posible individualizar la responsabilidad en otro sujeto interviniente, se pueda actuar solidariamente contra ambos, eso sí, sin excluir la responsabilidad del beneficiado por el tratamiento y a cuyo nombre se verifica, que en ningún caso quedaría liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de que pueda repetir contra el tercero causante del daño cuando él haya soportado las consecuencias de dicha actuación. También en este sentido, el artículo 12 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de normas reguladoras de la Protección de Datos de Carácter Personal, que regula el acceso de un tercero a los datos para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, dispone que “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado *también* responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiere incurrido personalmente”, de donde se deduce que el titular del fichero responde *siempre* de las actuaciones del tercero, y que en ocasiones a esta responsabilidad se añade la del propio tercero como si fuera igualmente responsable del tratamiento.

(122) El principio de la apariencia, efectivamente, es tenido en cuenta por nuestros tribunales; así, por ejemplo en la sentencia de la AP de Albacete de 8 de abril de 1998, en la que se enjuiciaban los siguientes hechos: el representante legal de una sociedad entrega al director de una sucursal bancaria la suma de 3.500.00 pesetas, sin que tuviera un reflejo contable ni posteriormente constancia de su destino. La banca demandada sostenía que se trataba de un negocio privado entre la actora y su apoderado. La Audiencia confirmó la sentencia condenatoria del Tribunal de instancia, por cuanto que la entrega se había realizado en una oficina de la entidad bancaria, la operación se había formalizado en un impreso del banco, y el documento aparecía firmado por persona que en aquellos momentos actuaba en nombre de aquél. En consecuencia, el banco debía responder “de la actuación de las personas que trabajan por su cuenta y que, con la apariencia de un factor mercantil, se hallan autorizadas para realizar operaciones que le vinculan”.

(123) Las AGB-Banken establecen el siguiente sistema: en primer lugar, en su número 3.1, se sienta el principio general según el cual “en el cumplimiento de sus obligaciones, el

En segundo lugar, es necesario que el hecho causante del perjuicio lo haya cometido el dependiente *en el ejercicio de sus funciones*. Esta expresión plantea inmediatamente varios interrogantes: el primero de ellos, el de qué ocurre con las indiscreciones efectuadas fuera del horario laboral o fuera del lugar de trabajo; en segundo lugar, la responsabilidad del empresario, ¿surge también en los casos en que el empleado haya actuado extralimitándose de sus funciones o incluso contra las órdenes expresas de éste?; por último, ¿qué ocurre si un empleado que ya no trabaja en el Banco revela datos conocidos cuando todavía prestaba sus servicios en éste?

En general puede afirmarse que el dato esencial en materia de secreto bancario es el de que el empleado *haya podido tener conocimiento de los datos confidenciales gracias a las funciones desempeñadas en el banco*. Este criterio se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo que niega que las extralimitaciones laborales puedan servir de causa de exoneración de responsabilidad del empresario, en virtud, precisamente, del principio de creación de riesgo. El riesgo, en el caso del secreto bancario, no es otro que el de *permitir al empleado la entrada en la esfera secreta del cliente*. En consecuencia, para apreciar la responsabilidad del banquero no es necesario que la revelación se haya cometido dentro de la jornada laboral o del lugar de trabajo. Tampoco puede servir de causa de exoneración del empresario el que el empleado haya accedido a los datos confidenciales extralimitándose de sus funciones (por ejemplo, inspeccionando los libros contables u otros documentos o escuchando una conversación ajena). No obstante, la doctrina coincide en introducir una matización: la Banca no incurre en responsabilidad cuando a pesar de haber tomado unas medidas cautelares especiales para proteger la confidencialidad de determinadas noticias (los ejemplos clásicos son los de guardar bajo llave los documentos confiden-

banco responderá por *cada acto culposo* de sus empleados y las demás personas a las cuales recurra para el cumplimiento de sus obligaciones”. Entre este personal auxiliar, aclara la doctrina que se incluyen los colaboradores independientes que el banco utiliza para el cumplimiento de sus deberes frente al cliente. Estos colaboradores independientes pueden ser centros de cálculo, servicios de mensajería, etc. (EINSTHALER, cit., p. 1726). De forma distinta son tratados los supuestos de encargos efectuados por el banco a un tercero, de los que se ocupa el apartado siguiente. De este modo, si un banco efectúa, por orden de un cliente, un encargo a un tercero, su responsabilidad se limita a la selección en instrucción diligente del tercero. La propia norma se encarga de ejemplificar los supuestos en los que es aplicable: *solicitud de informes bancarios* de otros institutos bancarios, o custodia y administración de títulos valores en el extranjero. El problema radica en que esta responsabilidad limitada sólo es posible “cuando la orden se haya efectuado típicamente, según su contenido”, lo que da lugar a un problema de seguridad jurídica, puesto que el cliente no puede estar seguro de cuándo “el encargo se ha efectuado, según su contenido, típicamente”, y, consiguientemente, qué tipo de responsabilidad contrae el banco ordenante.

ciales, o mantener la conversación en una habitación cerrada), el empleado accede a los referidos datos (rompiendo la cerradura o robando la llave, introduciendo una grabadora en la habitación, actuaciones que por sí mismas pueden ser constitutivas de delito) porque entonces se entiende que el auxiliar no actúa en el ejercicio de sus funciones, sino completamente al margen de éstas.

En el caso de que una entidad de crédito haya revelado indebidamente datos confidenciales de un cliente que caen bajo la órbita del secreto bancario, el “dueño del secreto” tiene, sólo en la vía civil, varias posibilidades de reclamación:

— En primer lugar le corresponde una acción para *reclamar los daños y perjuicios* sufridos por la revelación. Como es fácil imaginar, las auténticas dificultades para que prospere una acción de reclamación de daños y perjuicios por violación del secreto bancario se dan en el terreno probatorio. Efectivamente, el demandante habrá de probar los siguientes extremos: 1) Que la entidad financiera ha revelado datos y que éstos eran confidenciales, esto es, cubiertos por el secreto bancario, extremo hartamente difícil si tenemos en cuenta que la mayoría de las posibles revelaciones se producen en el marco de conversaciones orales, muchas veces telefónicas; 2) la existencia de un daño resarcible provocado por tal revelación (por ejemplo, la pérdida de un empleo, la denegación de créditos necesarios para la explotación de la empresa, pérdida de clientes y de expectativas de ganancia, pérdida del buen nombre comercial, etc.). No es suficiente alegar unos hechos susceptibles de producir daños, es necesario concretarlos en el escrito de demanda. Sólo puede dejarse para ejecución de sentencia la determinación de la cuantía del daño y su correspondiente indemnización, pero nunca la prueba de su existencia (124), y 3) la

(124) Cfr., en este sentido, y aplicadas al concreto supuesto de violaciones del secreto bancario, la STS de 26 de septiembre de 1995 (Ar. 6.676) y S. AP de las Palmas de Gran Canaria de 26 de noviembre de 1997 (Colecx 97CP1493). En este punto resulta especialmente interesante la *sentencia del Tribunal de Piacenza de 8 de julio de 1994 (BBTC, 1995-II, pp. 607 y ss.)*, por cuanto en ella se viene a establecer que cuando el daño, a pesar de la revelación, se hubiera producido de todas maneras, la banca no está obligada al resarcimiento. En el caso, en el marco de un procedimiento penal por bancarrota, el perito nombrado de oficio por la autoridad judicial para reconstruir la contabilidad del quebrado, solicita al banco de éste información sobre un cheque librado a su favor. El banco accede a dar esa información siendo posteriormente demandado por el quebrado-cliente del banco en reclamación de daños y perjuicios derivados de la violación del secreto bancario. Dejando a un lado la problemática competencial planteada en el caso (el demandante alegaba que la autoridad judicial era la única competente para el examen de todos los documentos bancarios), destaca el razonamiento del Tribunal, que considera que el correntista no habría podido ser lesionado por el comportamiento de la banca dado que ésta se había limitado a proporcionar al perito una información que tenía como única finalidad confirmar unos datos que este ya tenía en su poder. El resul-

relación de causalidad entre ambos (125). En ocasiones se ha argumentado en favor de una inversión de la carga probatoria, haciendo recaer sobre el banco bien la carga de demostrar que, probada la revelación, fue otra la causa que produjo el daño, eximiendo así al demandante de la prueba de la relación de causalidad entre la revelación y el daño (126), o bien la de establecer la presunción de que la información revelada era confidencial, debiendo entonces el banco demostrar que las comunicaciones se han efectuado con la reserva y objetividad impuesta por las condiciones y según las reglas en uso en la profesión (127). En realidad, no

tado al que se habría llegado de no facilitar tales informaciones, hubiera sido el mismo. Lo que no implica dejar fuera de la cobertura del secreto bancario todas las solicitudes de información que tengan por objeto la comprobación de determinadas noticias de cuya veracidad el solicitante no esté seguro. De este modo afirma SICTERMANN (*op. cit.*, p. 17) existe relación de causalidad entre la revelación por el banco y los daños ocasionados al cliente aun cuando el destinatario de la comunicación hubiera podido acceder a la información por otra vía —acudiendo, por ejemplo, a una agencia de detectives—.

(125) Entiende SICTERMAN, *op. cit.*, p. 180, nota 26, a nuestro juicio acertadamente, que la relación de causalidad entre la revelación por el banco y los daños ocasionados al cliente subsiste aún cuando el destinatario de la información hubiera podido acceder a ella por otra vía, por ejemplo, a través de una oficina de detectives. En cambio AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 34, nota 126, consideran criticable la postura de quienes defienden la falta de responsabilidad del banquero por violación del secreto bancario cuando un cliente sufra un daño después de haber evadido impuestos, y ello por falta de causalidad adecuada. Para estos autores, la actitud del cliente que contraviene las prescripciones de control de cambios o fiscales asumiendo “un cierto riesgo” sólo puede dar lugar a una minoración de la reparación a la que estaría obligado el banco. En la práctica, y en virtud de las obligaciones de denuncia a cargo del banquero como ciudadano en general, y las específicas derivadas de múltiples disposiciones (deberes de colaboración fiscal fijados en la Ley General Tributaria, deberes de comunicación establecidos en la legislación sobre blanqueo de capitales, responsabilidades en relación al pago del impuesto de sucesiones a cargo de los herederos sobre el efectivo o valores en depósito del causante [artículo 8.a) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de 18 de diciembre de 1987 y 19.a) de su Reglamento, etc.] será extraordinariamente extraño que la revelación de hechos constitutivos de un delito o falta no esté amparado por la excepción de cumplimiento de un deber. Se trata de una cláusula de exoneración de antijuridicidad, que excluye tanto la responsabilidad penal como la civil (cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, cit., pp. 89 y ss.).

(126) Cfr. GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, p. 101, quien trata de justificar la inversión de la carga de la prueba sobre la relación de causalidad entre la revelación y el daño, a semejanza de lo que sucede en otras actividades profesionales, atendiendo al carácter más o menos opaco e impenetrable de la actividad.

(127) En este punto es cita común entre los tratadistas franceses la sentencia de la Cour de París de 6 de febrero de 1975, que conocía de los siguientes hechos: un cliente abre una cuenta en una entidad de crédito, concediéndosele un crédito de descuento de hasta 30.000 francos. Alegando unos incidentes en el pago de cheques, el banco suprime tal crédito de descuento, tras lo cual el cliente cierra la cuenta. Con posterioridad a estos hechos, el banco proporciona unos informes muy desfavorables sobre ese cliente, aunque luego se demuestra que el límite del descubierto sólo se había sobrepasado muy ligeramente. El cliente interpone una demanda por violación del secreto bancario reclamando indemnización por pérdida de un mercado que estaba a punto de conseguir, pérdida de obtención de facilidades de pago que eran necesarias para la explotación de la empresa y pérdida del beneficio del descubierto en otros

es frecuente la inversión de la carga de la prueba frente a entidades financieras, y menos aún en el caso de conductas que presuntamente atentan contra el deber de discreción del banquero. Así ocurrió, por ejemplo, en la STS de 26 de septiembre de 1995 (Ar. 6.676). En el supuesto contemplado, el demandante había perdido dos oportunidades específicas de empleo por figurar inscrito en un registro de morosos a instancias de la entidad de crédito, aunque la deuda que originó la inscripción ya había sido saldada. El Alto Tribunal no consideró probado el nexo de causalidad porque, en relación con la primera solicitud de empleo, a pesar de quedar demostrado que la mención en el registro fue la causa determinante de que no se diera el trabajo al demandante, estimó en la conducta de éste una total pasividad, pues en lugar de demostrar que el contencioso con el Banco quedó saldado hacía años (prueba que era muy fácil atendiendo a los documentos que tenía en su poder y que luego aportó al pleito), se conformó con su negativa por estar inscrito como moroso, por lo que no podía racionalmente atribuirse al banco la responsabilidad de lo ocurrido. El mismo razonamiento es aplicado a la segunda oportunidad de empleo, en la que además, la mención en el registro de morosos no fue determinante. Parece ser, pues, que para que prospere una acción de responsabilidad frente al Banco es requisito, para nuestro Tribunal Supremo, que el presunto perjudicado por la inclusión en el fichero haya intentado por todos los medios su baja en el mismo, lo que implicará, por ejemplo, intentar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en los términos establecidos en la ley, o, al menos, haber tratado de demostrar directamente al concedente de un crédito, al empleador... que los datos que obran en el fichero son falsos, siempre que se tenga al alcance la posibilidad de probar tales extremos.

— En segundo lugar, y teniendo en cuenta que toda lesión del secreto bancario representa, al propio tiempo, una violación del derecho a la intimidad, a la víctima de una violación del secreto bancario, le corres-

bancos. La sentencia parte de la idea de que los informes comerciales constituyen un uso que deroga el secreto bancario, haciendo recaer sobre el banquero a quien se exige responsabilidad la carga de justificar los motivos que le han llevado a comunicar a terceros informes sobre la situación comercial y financiera de su cliente y a establecer que esta comunicación se ha efectuado con la reserva y objetividad que se imponían y en las condiciones y según las reglas en uso en la profesión. Aunque la solución dada por el Tribunal al caso concreto ha sido acogida favorablemente (condena de la entidad bancaria), no han corrido la misma suerte sus razonamientos sobre la carga de la prueba, considerándose que, en aplicación del principio general de *actor incombil probatio* el demandante debe probar el carácter confidencial del informe. Lo contrario equivaldría a establecer una presunción *iuris tantum* de confidencialidad de los datos revelados a favor del demandante (cfr. VÉZIAN, *op. cit.*, p. 248, y CABRILLAC-RIVES LANGUE, *RTD com.*, 1975, pp. 345-6).

ponderarán, además, *las acciones derivadas de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

— Por último y sólo en aquellos casos en los que el deber de secreto revista una especial importancia para el cliente, puede pensarse en un eventual *derecho a pedir la resolución del contrato* ex artículo 1.124 del Código civil. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que nuestra jurisprudencia aplica con bastante rigor el requisito de que el incumplimiento que da derecho a la resolución pueda ser calificado de grave.

Además de dar lugar a responsabilidad civil, la violación del secreto bancario puede determinar la aparición de otro tipo de responsabilidades, como la **administrativa**. Ahora bien, en el catálogo de conductas sancionables establecido en la Ley 28/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, norma en la que se contiene el mayor número de supuestos generadores de responsabilidad administrativa de los establecimientos bancarios, no se encuentra tipificada ninguna actuación que *a priori* pudiera encajar en cualquiera de las posibles modalidades de violación del secreto bancario. Y ello es lógico si tenemos en cuenta que el propósito de la ley en materia sancionadora es limitar o prohibir las prácticas y operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez y reforzar los recursos propios, es decir, se aborda una problemática diferente a nuestro objeto de estudio. Las sanciones administrativas que pueden llevar aparejadas determinadas formas de violación del secreto bancario se encuentran dispersas en otras leyes, fundamentalmente en la Ley del Mercado de Valores, la de Defensa de la Competencia y la de Protección de Datos Personales.

El artículo 199 del Código Penal tipifica por primera vez en nuestra **legislación penal** la revelación de secretos laborales (apartado primero)– y profesionales (apartado segundo). Efectivamente, dispone el citado precepto que: *1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.*

Mientras que no cabe duda de que el empleado de banca, sujeto a una relación laboral, es posible sujeto activo del 199.1, en cambio, plantea mayores dudas la posible inclusión del banquero en el delito previsto en el apartado segundo, por las ya apuntadas reticencias a considerar el secreto bancario como un secreto profesional. En efecto, puede com-

probarse cómo el Código emplea en este un punto un sistema de cláusula general, en el que no se delimita qué profesionales pueden incurrir en el delito tipificado. Con todo, la doctrina penalista suele ser favorable a la inclusión del banquero en el ámbito del artículo 199.2 (128).

Se trata de un delito no susceptible de comisión dolosa, puesto que el artículo 12 del Código Penal establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley, cosa que no sucede respecto a la revelación de secretos. Por tanto, las violaciones del secreto bancario cometidas por negligencia sólo pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades civiles. Hay que observar, además, que el delito tipificado en el artículo 199, no precisa la concurrencia de daño. Eso sí, los hechos revelados deben ser secretos, por lo que quedarían excluidos del delito las informaciones emitidas con el consentimiento o por orden del cliente, los datos de dominio público, etc. Se trata de circunstancias que excluyen la antijuridicidad. Entre ellas habría que incluir, además, las relativas al cumplimiento de un deber (por ejemplo, el de testificar en causas legales, la comunicación de los datos exigibles en virtud de la legislación sobre blanqueo de capitales, etc.) y al ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.1 del Código Penal).

Con todo, conviene tener en cuenta que, dado que la obligación de reserva o sigilo del banquero no presenta unos contornos claramente definidos en nuestro país (sirvan, para ilustrar este punto, las discrepancias doctrinales sobre el problema de las informaciones interbancarias) resultará muy improbable la imposición de una sanción penal, la más grave del ordenamiento, que incluye una pena privativa de libertad, salvo en supuestos de extrema gravedad.

Finalmente, hemos de referirnos a algunas **consecuencias laborales** que pueden llevar aparejadas determinadas violaciones del secreto bancario. Efectivamente, como hemos visto, el deber de respetar el secreto de los

(128) En este sentido, MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 331; BAJO FERNÁNDEZ, "El secreto profesional en el proyecto de Código Penal", *ADP*, 1980 a quien se remite MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 11.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal*, dir. por RODRÍGUEZ MOURULLO, Civitas, Madrid, 1997, p. 586, y JORGE BARREIRO, Alberto, "El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)", *La Ley*, 1996-3. Estos últimos autores precisan el alcance de la STC 110/1984, matizando que la tesis contenida en dicha sentencia no quiere decir que los profesionales de la banca no se encuentren obligados a cumplir con el deber de sigilo y de reserva sobre los datos atinentes a la intimidad de sus clientes y que conozcan en el ejercicio de su profesión, pues "una cosa es que un profesional no esté exento de testificar en un proceso sobre los datos íntimos que un cliente le confió, y otra muy distinta que esté facultado para revelar esos datos a un tercero cuando no concurra una causa legal que lo fundamente". También existen mercantilistas que consideran aplicable a la infracción de las obligaciones dimanantes del secreto bancario la acción contenida en el artículo 199 del Código Penal (así, GALÁN CORONA, "Recensión a «El secreto bancario y sus límites legales»", *RGD*, 1998, pp. 15431-15433).

datos adquiridos en el ejercicio de la actividad bancaria alcanza tanto a los administradores como a los dependientes de la Banca. Al empleado que haya facilitado los datos cubiertos por el secreto bancario le serán de aplicación no sólo la obligación de resarcir el daño causado o, en casos extremos, el delito previsto en el artículo 199 del Código Penal, sino también las consecuencias previstas por el Derecho Laboral (129). De este modo, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 58.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, “*los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable*”. Y si acudimos a los Convenios Colectivos de ámbito nacional aplicables al sector de las Entidades de Crédito, puede comprobarse cómo en muchos casos se tipifican, dentro de las enumeraciones de hechos constitutivos de falta, las conductas constitutivas de violación del secreto bancario (130).

(129) *Vid.*, al respecto GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, pp. 97-98; SCHWINTOWSKY-SCHÄFER, *op. cit.*, p. 62; AUBERT-KERNEN-SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 11, y FARHAT, *Le secret bancaire. Étude de Droit Comparé*, cit., pp. 152-154. Sin embargo, la mayoría de los autores se olvidan de este aspecto de la responsabilidad de los dependientes, así, por ejemplo, VIGO, *op. cit.*, p. 35.

(130) De este modo, en el artículo 50 del **XVIII Convenio Colectivo de ámbito estatal para la Banca privada** se considera como falta muy grave, en el apartado cuarto, el quebranto o violación de secretos de obligada reserva. Mayor precisión en la catalogación de las faltas se aprecia en el **Convenio Colectivo de Trabajo para las Cajas de Ahorros**. En efecto, el artículo 79 califica de falta leve, en su apartado 2.3, las indiscreciones no dañosas; en el apartado 3.4 se considera como falta grave a las de negligencia o descuido (e incuestionablemente una violación del secreto bancario puede ser fruto de esa negligencia o descuido) cuando originan perjuicios irreparables para los intereses de la Entidad o den lugar a protestas o reclamaciones del público o pérdida de clientes, siempre que estén justificadas, y se compruebe que se deben a falta cometida realmente por el inculpaado y, finalmente, el apartado 4.12 considera falta muy grave la violación del secreto profesional. Asimismo, en el **Convenio Colectivo de “Caja Postal, S.A.”**, el artículo 29.7 establece que tendrá la consideración de falta grave la violación del secreto profesional, salvo que por las circunstancias concurrentes pudiera ser calificado con mayor gravedad. La violación del secreto profesional tendrá consideración de falta muy grave atendiendo a las circunstancias concurrentes, las posibles repercusiones o la trascendencia de la conducta (art. 30.2). Finalmente, el **Convenio Interprovincial de Trabajo del Banco Hipotecario de España** para el trienio 96-98 tipifica como falta leve la negligencia en el trabajo siempre que no cause perjuicio grave al banco o la falta de imparcialidad en el despacho de los asuntos siempre que no constituya responsabilidad más grave (art. 62.2); como falta grave la violación del secreto profesional siempre que no exista ánimo de lucro ni se causen perjuicios irreparables al banco, compañeros o terceros (art. 63.10); y como faltas muy graves, entre otras, la violación del secreto profesional cuando cause perjuicios irreparables al banco compañeros o terceros, o se realizasen con ánimo de lucro (64.2) así como la emisión de informes o dictámenes manifiestamente improcedentes o inexactos en las cuestiones que se encomiendan al informante, en relación con operaciones del banco, siempre que medie ignorancia inexcusable o intención dolosa (64.7).