

# LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE SECRETO BANCARIO EN LA LEY N° 17.948

*Viana Pérez Benech*

**Alcances y armonización con la regulación del secreto profesional del Banco Central del Uruguay en relación a la información sobre operaciones bancarias activas que obtiene por y para el cumplimiento de sus deberes de supervisión y control de las instituciones de intermediación financiera**

## I- Introducción

La reciente normativa sobre divulgación de información relativa a operaciones bancarias activas (básicamente las incluidas en la Central de Riesgos del Banco Central del Uruguay), que incluye la interpretación auténtica sobre el alcance del secreto bancario consagrado en el art. 25 del Decreto-Ley 15.322 (excluyendo a texto expreso las operaciones activas de dicha norma), plantea una serie de interrogantes relativas a su alcance, que pretendemos abordar en el presente trabajo.

En la medida que la Ley 17.948 de 8-I-2006 centraliza las potestades de divulgación y difusión de esa información en el Banco Central del Uruguay, el punto de interés se desplaza del instituto del "secreto bancario" (entendiendo como tal la obligación de secreto consagrada en el mencionado art. 25 del DL 15.322), hacia el instituto más genérico del "secreto profesional", del cual se ha dicho que aquél es una sub-especie.

En efecto, mientras que el secreto bancario refiere a la operativa comercial bancaria prohibiendo a las instituciones de intermediación financiera la divulgación de determinada información relativa fondos y valores que poseen en virtud de realizar esa operativa, el Banco Central del Uruguay *recibe* esa información proveniente de las instituciones financieras a las cuales supervisa. Pero en relación a esos cometidos de supervisión y control sobre el sistema financiero, que le son asignados en el literal G de la su Carta Orgánica - Ley 16.696 de 30-III-1995, no es operador bancario sino organismo de contralor, y por tanto no está alcanzado respecto de esta información recibida, por el "secreto bancario" sino por la obligación de guardar "secreto profesional".

En consecuencia, la Ley 17.948, que en materia de secreto bancario no ha hecho más que confirmar la interpretación mayoritaria de que las operaciones activas no estaban comprendidas en el mismo, sí ha venido a modificar sustancialmente el régimen preexistente sobre secreto profesional del Banco Central del Uruguay, permitiendo a éste -y obligándolo en algunos casos- a proporcionar la información sobre operaciones activas que posee en su poder proveniente de las instituciones supervisadas.

Hasta la sanción de la Ley 17.948 esta información estaba amparada por el secreto profesional, no solamente en virtud de la norma que regula el mismo en forma genérica (artículo 302 del Código Penal), así como el secreto administrativo (art. 163 del Código Penal), sino porque disposiciones específicas de la Carta Orgánica del BCU (artículos 22 y 23) confieren carácter reservado y confidencial a dicha información. En consecuencia, las condiciones para su revelación se encontraban regidas por el régimen del secreto profesional, que incluye la necesidad de una "justa causa" para el relevamiento del secreto, cuya existencia en última instancia quedaba librada a la evaluación del propio depositario de la información (en este caso el BCU).

Pero esta situación cambió radicalmente a partir de la sanción de la Ley 17.948, que recoge una tendencia internacional en relación a la divulgación de información sobre operaciones activas con el propósito de mejorar la gestión del riesgo crediticio en beneficio de la economía toda y no sólo de los agentes económicos individuales. Puede considerarse una base fundamental de esta tendencia el Nuevo Acuerdo de Capital aprobado por el Comité de Basilea en el año 2004 (más conocido como Basilea II), aunque también cabe destacar que en derecho

comparado puede apreciarse la paulatina consagración de regímenes si bien no idénticos al nuestro, que tienen –con diferente intensidad– a la publicidad de las operaciones bancarias activas.

Partiendo de estas premisas, y teniendo en cuenta que la redacción de la Ley 17.948 presenta varias interrogantes respecto de su interpretación, entendemos que reviste especial interés el análisis del alcance de esta normativa sobre divulgación de operaciones activas, a la luz de su armonización con el resto de las normas y principios que regulan las facultades del Banco Central del Uruguay en materia de información al público. En dicho análisis veremos que el régimen a aplicar involucra el equilibrio entre dos principios que en primera instancia se presentan como contrapuestos y pueden responder a la tutela de diversos bienes jurídicos cuya jerarquía habrá de determinarse, cual es por un lado la publicidad de las actuaciones en la administración pública y por otro la reserva propia de la materia bancaria.

Para ello entendemos que resulta útil abordar en primera instancia el análisis del instituto del secreto profesional, su importancia histórica en materia bancaria, los bienes jurídicos tutelados, su alcance actual, las causas de su relevamiento, etc., para luego ingresar directamente en el análisis de los tres primeros artículos de la Ley 17.948, ya que constituyen la médula de esta nueva normativa sobre divulgación de información. En este último análisis volveremos en muchas oportunidades a los conceptos básicos sobre secreto profesional, que constituirán una guía interpretativa de la nueva Ley. En definitiva, el secreto profesional es a nuestro juicio el tema central de la nueva Ley, en cuanto la misma releva al Banco Central del Uruguay de ese deber en ciertas condiciones.

En este sentido, podemos adelantar que el secreto profesional continúa siendo la norma, y la potestad de divulgación la excepción, que como tal debe seguir un criterio interpretativo estricto. En efecto, el Banco Central del Uruguay sigue estando obligado a guardar secreto profesional sobre toda aquella información que reciba en el ejercicio de sus competencias de control sobre el sistema financiero en virtud de los artículos 302 del Código Penal, 22 y 23 de su Carta Orgánica. Esta obligación se mantiene respecto de toda la información que no esté comprendida en una norma expresa que autorice su revelación, como lo es la Ley 17.948 respecto de las operaciones bancarias activas. Se mantiene así el secreto profesional respecto de las operaciones bancarias pasivas de las que sea informado el Banco Central del Uruguay, y también respecto de otro tipo de informaciones que conozca sobre los clientes, accionistas, personal superior, etc., de las instituciones bancarias. Pero hay otras situaciones que no son tan claras, y allí es donde radica, según hemos dicho, la importancia de interpretar adecuadamente y determinar con la mayor precisión posible los alcances de la nueva ley, tarea que abordaremos en este trabajo.

## **II.- SECRETO PROFESIONAL – Alcance y regulación en la actividad bancaria y en el organismo de supervisión.**

### **II.1.- Concepto.-**

En primer lugar, se impone partir de definiciones doctrinarias que podamos utilizar como base conceptual y nos permitan distinguir entre el secreto profesional y el secreto bancario, en la medida que se trata de figuras estrechamente vinculadas por una relación de género a especie. Tomaremos a modo de ejemplo alguna definición doctrinaria de cada uno, en tanto resulte representativa del concepto generalmente aceptado.

Para SUPERVIELLE<sup>1</sup> el **secreto profesional** es un deber genérico que se impone a determinadas personas que, en mérito a su profesión, tienen oportunidad de conocer intimidades de sus clientes que no deben ser divulgadas.

El concepto de **secreto bancario**, como su nombre lo indica, refiere a la aplicación de esta obligación de reserva a la actividad bancaria, y más específicamente a la figura del banquero. En tal sentido, MALAGARRIGA considera al secreto bancario como la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan<sup>2</sup>. Es de destacar que este autor refiere expresamente a la idea de “justa causa”, es decir, advierte el carácter relativo del secreto, que admite bajo ciertas condiciones su revelación. En nuestro

1 SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, “El depósito bancario”, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Mont. 1960, pág. 197.

2 MALAGARRIGA, Juan Carlos, “El secreto bancario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 15.

país, PEREZ FONTANA<sup>3</sup> ha definido el secreto bancario como una obligación impuesta a los bancos y otras instituciones financieras de no revelar dos aspectos que luego veremos recogidos en nuestro Derecho Positivo<sup>4</sup>: tanto las “informaciones confidenciales” proporcionadas por sus clientes o por terceros sobre sus clientes, como las “operaciones” en sí mismas (no distingue entre activas y pasivas).

Es generalmente aceptado (aunque no en forma unánime<sup>5</sup>) que el secreto bancario es una especie dentro del género del secreto profesional, en tanto constituye la aplicación de la obligación de reserva a los profesionales de la actividad bancaria, y no a sus clientes, como venimos de ver en las definiciones que anteceden. En tal sentido se pronuncia SUPERVIELLE al considerar al secreto bancario como una modalidad específica del secreto profesional<sup>6</sup>, habiendo sido caracterizado también por la doctrina como una “ramificación” del secreto profesional.<sup>7</sup> Incluso existieron pronunciamientos en el mismo sentido a poco de sancionado el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 de 17-IX-1982, entre los que cabe destacar el análisis realizado por STURLA en 1983<sup>8</sup>, en el que manifiesta que dicha norma vino a “concretar” con relación a las instituciones de intermediación financiera la previsión genérica contenida en el artículo 302 del Código Penal, precisando los sujetos activos del deber de secreto, el objeto del mismo y agravando las sanciones para su violación.

Mientras que los bancos están, en consecuencia, alcanzados por la obligación de guardar *secreto bancario* –que comprende tanto las operaciones bancarias como la información que reciben sobre sus clientes, con el alcance que la ley determine en cada caso- el organismo de supervisión y control bancario no estará comprendido el denominado “secreto bancario” en relación a las actividades que no constituyen operaciones financieras sino el cumplimiento de sus funciones de contralor sobre las instituciones financieras, pues las mismas, al no constituir “operaciones bancarias” no están alcanzadas por el “secreto bancario” sino por la obligación de reserva que alcanza a todo profesional en el cumplimiento de su función: el *secreto profesional*.

En efecto, tomando el caso del Banco Central del Uruguay, si bien está legalmente definido como ente autónomo comercial, sólo una parte muy limitada y marginal de su actividad constituye actividad financiera o de “operativa bancaria” (como el caso de algunas operaciones de deuda pública, prefinanciación de exportaciones, su actuación como “banco de bancos”, como “prestamista de última instancia” de las instituciones de intermediación financiera”, como depositario de las cuentas de responsabilidad patrimonial y encajes de los bancos a que están obligados los bancos de plaza, etc.). El grueso de su actuación, por el contrario, es la regulación y control de la actividad financiera.

En la medida que el *secreto bancario* establecido en el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 de 17-IX-1982 comprende únicamente la mencionada actividad bancaria, las potestades públicas de contralor que ejerce el Banco Central del Uruguay están alcanzadas por el *secreto profesional* que se impone a toda actividad profesional en virtud del artículo 302 del Código Penal.<sup>9</sup> En consecuencia, es el *secreto profesional* y no el *secreto bancario* el que ampara la información de carácter confidencial (necesaria para el cumplimiento de su función bancocentralista) obtenida por el Banco Central en el ejercicio de las facultades de contralor que posee respecto de las empresas e instituciones que ejercen actividad financiera, y conforme a los poderes que le otorga el art. 15 del Decreto-Ley 15.322 (según el cual las instituciones de intermediación financiera deberán brindar al BCU la información que éste les requiera, siendo inoponible a tal efecto el secreto bancario).

Dentro de este tipo de información, es decir, la obtenida en virtud del ejercicio de la supervisión bancaria, se encuentra la información comprendida en los artículos 2 a 5 de la Ley 17.948. Es por ello que dichas normas sobre divulgación de información por parte del Banco Central del Uruguay, deberán analizarse en tanto excepciones a la obligación de guardar secreto profesional que alcanza a dicha institución, y en ese marco habrá de determinarse su alcance.

3 PEREZ FONTANA, Sagunto, “Cuadernos de Derecho Bancario” No. 1, FCU, Mont., 1992, pág.84. El autor aclara que esta definición se funda en lo dispuesto por el art. 25 del Decreto-ley 15.322 de 17 de setiembre de 1982 (Ley de Intermediación Financiera).

4 Art. 25 del Decreto-ley 15.322 de 17-IX-1982.

5 Veremos más adelante la opinión discrede en tal sentido de PEREZ FONTANA.

6 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 199.

7 Expresa DO EGITO COELHO, Wilson (“Control de informaciones y secreto bancario”, en “Cursillo de Derecho Bancario”, Ed. BCU, Mont. 1981, pág. 193 y ss.), que “el secreto bancario es una ramificación del secreto profesional”.

8 STURLA, Héctor Martín, nota publicada por la Revista “Mercado y Empresas” de 1983, titulada “Secreto Bancario”, en la que analiza con detenimiento algunos aspectos del tema, y fuera citada en el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes (Anexo I, Rep. No. 315) a propósito de la discusión sobre el Proyecto de Ley que luego devino en la Ley 17.948 (“Diario de Sesiones” de la Cámara de Representantes, 48ª. Sesión, No. 3285, XLVI Legislatura, martes 6 de setiembre de 2005).

9 Esta es la posición que ha sustentado la Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay, que se pronunció sobre el tema en el Asunto No. 234 de 6-VI-1995, donde expresa: “el secreto bancario refiere a las relaciones entre los bancos y sus clientes (MALARRIAGA, Juan Carlos, “El secreto bancario”, Bs. As, pág. 59), BAYARDO BENGEOA, “La Tutela Penal del Secreto”, pág. 360 y ss; SUPERVIELLE, Bernardo, “El depósito bancario”, pág. 203). Esto está indicando que sólo en contadas y muy excepcionales oportunidades –tal vez en algunas operaciones con deuda pública, o de prefinanciación de exportaciones- este deber de “secreto bancario” pueda recaer sobre el Banco Central y sus funcionarios; porque el Banco Central, si bien está legalmente definido como ente autónomo comercial, tiene una actividad comercial muy limitada, muy marginal; el grueso de su actuación es de normación y de contralor de la actividad financiera.”

Más aún: en el ámbito del Banco Central del Uruguay podemos encontrar incluso *tres* clases de secreto, a la que corresponde en cada caso una normativa específica, a saber:

a) El *secreto bancario*, impuesto por el art. 25 del Decreto-Ley 15.322 (y primera parte del art. 22 de la Carta Orgánica del BCU, Ley 16.696 de 30-III-1995), que como hemos visto sólo es aplicable a una porción cuantitativamente menor de la actividad del BCU, cual es la actividad financiera llevada a cabo por el mismo. Recientemente a través de la Reforma Tributaria (Ley 18.083 de 27-XII-2006) se han introducido alguna modificaciones al régimen legal del secreto bancario, aunque referidas fundamentalmente a la materia tributaria.<sup>10</sup>

b) El *secreto profesional*, establecido en el art. 302 del Código Penal, que obliga al Banco Central, y comprende toda la información que obtiene el BCU para el ejercicio de sus potestades de contralor sobre el sistema financiero, y como resultado del desempeño de esas potestades.

c) Por último, existe lo que se ha dado en denominar el *secreto administrativo*, que es en realidad una modalidad del secreto profesional, y corresponde a la obligación de los funcionarios del BCU de no revelar información que adquieran en el ejercicio de sus funciones, y se encuentra regulada por el art. 163 del Código Penal, y los arts. 22 (aplicable a los Directores en su segunda parte) y 23 de la citada Ley 16.696.<sup>11</sup>

Veremos a continuación una reseña sobre los antecedentes históricos y fundamentos, que pueden considerarse comunes al secreto bancario (como modalidad específica del secreto profesional) y al secreto profesional que obliga al organismo de supervisión bancaria, en tanto ambos refieren a la reserva propia de la actividad bancaria en general. Luego nos centraremos en el análisis específico del alcance y regulación del secreto profesional del supervisor, ya que es el instituto que se ve directamente afectado por la regulación sobre divulgación de información contenida en los artículos 2 a 5 de la Ley 17.948.

## II.2.- Síntesis histórica.-

El secreto profesional ha estado entre los elementos esenciales de la actividad bancaria desde sus propios orígenes.

Los diversos autores que han abordado un análisis histórico de los comienzos, desarrollo y evolución de la banca, coinciden en que el secreto profesional fue prácticamente desde sus inicios una característica inherente a la misma<sup>12</sup>, al punto que en sus orígenes la actividad bancaria fue desempeñada por los sacerdotes, en virtud

10 De todos modos, algunas de estas modificaciones pueden considerarse modificativas de aspectos sustanciales del artículo 25 del D.L. 15.322, aunque, reiteramos, refieren al ámbito tributario. En particular, el artículo 53 de la Ley 18.083 admite los acuerdos entre contribuyente y la D.G.I. en los cuales aquél confiere una autorización de carácter *irrevocable* para el levantamiento del secreto bancario sobre sus cuentas, aunque por un plazo determinado. El artículo 54 de la Ley 18.083 introduce una importante excepción a la rígida exigencia de resolución fundada del juez penal o de familia en materia alimenticia que contenía el mencionado art. 25, permitiendo que el secreto quede levantado para cuentas corrientes y cajas de ahorro, cuando el Juez o el Fiscal no se pronunciaren negativamente en un plazo de 30 días luego de presentada una denuncia penal fundada de la Administración Fiscal por delito de defraudación tributaria (art. 110 del Código Tributario). El artículo 55, por su parte, interpreta que es inoponible el secreto bancario por parte de las instituciones de intermediación financiera ante la Administración Tributaria, como lo era hasta ahora sólo respecto del Banco Central del Uruguay en base al art. 15 de su Carta Orgánica (Ley 16.696 de 30-III-1995). Finalmente, el artículo 56 instauro un procedimiento para que la Administración tributaria (D.G.I. y B.P.S.) pueda solicitar embargos de cuentas bancarias en forma genérica, sin especificar los datos identificatorios de las mismas, solución que hasta ahora viene siendo rechazada por la jurisprudencia y sólo era admisible para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Dirección General de Trabajo) en virtud del art. 290 de la Ley 15.903 de 10-XI-1987, y para el BPS en virtud del art. 15 de la Ley 17.963 de 19-V-2006. Todas estas modificaciones, que significan un notorio debilitamiento del secreto bancario en el ámbito marcado por las respectivas normas, han merecido la dura crítica doctrinaria, entre la cual cabe destacar el análisis realizado por ADRIASOLA (*“La Ley de Reforma Tributaria y su sustancial debilitamiento del Secreto Bancario. Una metodología que desprecia el Derecho a la Intimidad y al Poder Judicial con fines recaudatorios.”*, en Tribuna del Abogado, enero/febrero 2007, pág. 27 y ss.

11 Existen también otras disposiciones legales relativas al secreto aplicables al Banco Central, que refieren a situaciones más específicas, como por ejemplo el art. 5 inc. 2do. de la Ley 10.883 de 2-I-1970 (referida a los Convenios con el FMI), o el art. 11 de la Ley 13.243 de 20-II-1964.

12 En este sentido, puede citarse como ejemplo a SUPERVIELLE, Bernardo, op. cit., pág. 197, quien a su vez cita entre sus fuentes: en Suiza a DELACHAUX, F., *“Du secret professionnel du banquier en droit suisse”* Neuchatel 1939; en Francia a SACKER, *“Du secret professionnel du banquier”* Paris 1933; en Inglaterra a PAGET, *“The law of banking”*, 1930, p. 67-69; en Alemania a SCHEER, *“Das Bankegeheimnis”*, 1931, p. 9 y ss., p. 12 y nota 7; en Italia a MOLLE, *“Il segreto bancario”* en Banca, borsa e tit. Di cred., 1937, parte primera, p. 169 y ss.; y en Uruguay a AGUIRRE ROSELLO, publicado en la Rev. De D.P. y P., año IV, 1941, No. 33. También DO EGITO COELHO, Wilson, *“Control de informaciones y secreto bancario”*, en *“Cursillo de Derecho Bancario”*, Ed. BCU, Mont. 1981, pág. 193 y ss., dedica la primera parte de su exposición a una *“reseña o resumen histórico sobre el secreto bancario en el mundo”*, del que se extraen los datos históricos que se exponen a continuación sobre los orígenes del secreto bancario. OLIVERA GARCIA sostiene, por su parte, que los propios usos bancarios imponían a los bancos la obligación de guardar secreto sobre todas las operaciones realizadas entre la entidad bancaria y el cliente, aún antes de la sanción de las normas de derecho positivo que consagran expresamente esa obligación, y que en definitiva existía -y continúa existiendo- un régimen de origen convencional banco-cliente que incorpora e impone esa obligación derivada de los usos y costumbres (*“Manual de Derecho Bancario”*, Ed. IEEM, Mont. 1989, pág. 193).

del factor *confianza* que imponían en las personas en general sobre la rectitud pero también debido a la reserva de su gestión.<sup>13</sup>

DO EGITO COELHO remonta el origen del secreto bancario -como ramificación del secreto profesional y el secreto comercial- a millares de años atrás<sup>14</sup>, concretamente, por las noticias que se tienen, a 27 siglos antes de Cristo. También MALAGARRIGA alude al origen de la actividad bancaria en épocas tan lejanas como la del reinado de los primeros monarcas babilónicos.<sup>15</sup>

Ya en el Código de Hammurabi se encuentran referencias explícitas al secreto bancario. Por su lado los fenicios, precursores de las grandes transacciones comerciales internacionales, mantuvieron con énfasis el carácter sagrado del secreto en las operaciones bancarias. El gran impulso para el desarrollo del comercio bancario tuvo lugar con el surgimiento de la economía monetaria sustentada en la creación del dracma en Grecia. A su vez, los romanos continuaron desarrollando la actividad bancaria que constituía un instrumento fundamental para el comercio internacional, al punto que en Roma se tiene por primera vez noticia de la interferencia del Estado para autorizar las operaciones bancarias. Existe una referencia de Cayo según la cual los banqueros eran “*hominus publicum*” y sus escritos, sus anotaciones, sus libros, tenían carácter de función pública.<sup>16</sup>

Después de la decadencia del imperio romano, se ingresa en la Edad Media con un concepto claro del cuidado del secreto bancario, que fue preservado durante todo ese período histórico, incluso contra los rigores de la Inquisición. Aparecieron así las primeras formas de anotación “criptográfica” o codificada de las operaciones bancarias, de modo de mantenerlas en secreto y a salvo incluso del poder de las autoridades. Con el mismo propósito se llegó más lejos aún, dejando simplemente de anotar los negocios bancarios en absoluto, lo cual resoltó a los estudiosos de la Edad Media de un valioso instrumento para en análisis de la economía en este período histórico.<sup>17</sup>

Las primeras legislaciones sobre actividad bancaria y preservación del secreto posteriores a la Edad Media surgieron en Francia<sup>18</sup>, y fueron siendo perfeccionadas posteriormente, pero siempre con el objetivo de mantener protegido el secreto bancario, con los distintos alcances que le conferirían los respectivos regímenes jurídicos. Paulatinamente incorporado en las diversas legislaciones nacionales, o impuesto simplemente a través de los usos y costumbres, el secreto bancario llegó a constituir una regla universal, aunque, más recientemente, si bien mantiene su vigencia, ha sido objeto de crecientes limitaciones, relacionadas, en lo que refiere a operaciones bancarias pasivas, con las normas nacionales e internacionales de prevención del lavado de activos provenientes de actividades ilícitas<sup>19</sup>, y en lo que refiere a operaciones bancarias activas, con las normas sobre divulgación y transparencia del crédito para la mejora de gestión del riesgo crediticio<sup>20</sup>.

En definitiva, como señala SUPERVIELLE, la historia demuestra que la obligación de secreto profesional se impuso a las relaciones bancarias desde que las instituciones de crédito adquirieron una importancia fundamental en la vida de los negocios<sup>21</sup>; y mucho antes de ser consagrado en el Derecho positivo fue impuesto por el uso y la costumbre, que obligaba al banquero a asumir una obligación de discreción en todas sus relaciones con los clientes desde la etapa precontractual hasta la etapa típicamente negocial, y que persiste aún en la etapa postcontractual en la hipótesis de haberse concluido definitivamente el negocio.<sup>22</sup>

La vigencia del secreto en los usos y costumbres previos a la legislación expresa, demuestra que existen razones muy poderosas para su respeto en la actividad bancaria. Tomando como ejemplo el caso de Suiza, nación

13 DO EGITO COELHO, Wilson, “Control de informaciones y secreto bancario”, en “Cursillo de Derecho Bancario”, Ed. BCU, Mont. 1981, pag. 193.

14 DO EGITO COELHO, Wilson, op. cit., pág. 193.

15 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 9.

16 reseña histórica extraída de DO EGITO COELHO, Wilson, op. cit., pág. 194 y ss.

17 DO EGITO COELHO, Wilson, op. cit., pág. 195.

18 Según relata DE EGITO COELHO (op. cit., pág. 195), en el siglo XVII, en los años 1639 y 1640 una ley francesa llegó incluso a cerrar la Bolsa de París, basándose en que los pregones públicos constituían una violación del secreto bancario.

19 La temática del lavado de activos excede el propósito del presente trabajo, aunque cabe puntualizar que existen organismos internacionales dedicados a la prevención a través de la adopción de recomendaciones para la legislación nacional, y la cooperación internacional, como es el caso del GAFI (FATF por sus siglas en inglés), dedicado a la promoción de políticas nacionales e internacionales para combatir el lavado de activos y el financiamiento de actividades terroristas, o la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas). En general, la prevención de lavado de activos comprende medidas como la política de conocimiento del cliente por parte de las instituciones bancarias, el reporte de operaciones sospechosas al organismo supervisor, etc., todas ellas vinculadas a la cooperación nacional e internacional en la información referida a operaciones pasivas (depósitos) y transferencias. En nuestra legislación nacional, estas normas se encuentran básicamente en el Decreto-Ley 14.294, Ley 16.579, Ley 17.016, Ley 17.060, Ley 17.145, Ley 17.835, Decretos reglamentarios y reglamentaciones del Banco Central del Uruguay.

20 En lo que refiere a la mejora de la gestión del riesgo crediticio en la operativa bancaria, cabe destacar la el Nuevo Acuerdo de Capital aprobado en el marco del Comité de Basilea, llamado “Basilea II”, al cual nos referiremos más adelante en el capítulo III.2, y en nuestro país la Ley 17.948.

21 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 197.

22 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 198.

que se destaca por el extraordinario rigor con que tradicionalmente trata el secreto bancario, no deja de llamar la atención que hasta el año 1934 no existía en ese país ninguna legislación propia que defendiera o tutelara el secreto bancario.<sup>23</sup>

### II.3.- “Ratio legis” o fundamento y naturaleza jurídica del secreto profesional en la actividad bancaria.-

En cuanto a los *fundamentos* en que se basa la necesidad –como se ha visto, histórica- de guardar secreto profesional respecto de las operaciones bancarias, ha de destacarse que si bien algunos autores reconocen en su origen una razón de índole *ética o moral*<sup>24</sup>, existe coincidencia en que la principal motivación puede denominarse de “*conveniencia*”: el mantenimiento del secreto *conviene* al negocio bancario, y lo hace posible tal como lo conocemos actualmente<sup>25</sup>. Se ha planteado incluso que en la preservación del secreto existe no sólo un interés privado (el del banquero) sino también un interés público comprometido, pues la prosperidad del negocio bancario facilita la percepción del ahorro público y el desarrollo económico<sup>26</sup>, y en definitiva puede asegurar una mayor afluencia de depósitos al país, sean éstos nacionales o extranjeros.<sup>27</sup>

Diversos autores han sistematizado el análisis de los distintos fundamentos que la doctrina ha conferido a la reserva propia de la actividad bancaria.<sup>28</sup> Existen diferentes posiciones al respecto, que no resulta fácil individualizar, en razón de que en muchos casos, ofrecen puntos de coincidencia, aún cuando puedan diferir en lo principal.<sup>29</sup> Tomando la clasificación de SUPERVIELLE<sup>30</sup>, pueden reconocerse básicamente tres grandes conjuntos de fundamentos del secreto profesional en la actividad bancaria, en torno a los cuales se ha alineado la doctrina en general:

a) Por un lado, no siendo el secreto bancario otra cosa que una modalidad específica del secreto profesional, el fundamento de esta obligación se hallaría en las mismas razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general: la protección del derecho a la intimidad de la persona como una de las manifestaciones del derecho a la *libertad individual*. Es el bien jurídico tutelado por el delito de violación de secreto profesional previsto en nuestro artículo 302 del Código Penal, incluido en el capítulo de “delitos contra la libertad individual”.<sup>31</sup> PEREZ FONTANA, citando a ARROYO TORRES, también destaca que para una parte de la doctrina el secreto bancario, en tanto se trata de una modalidad del secreto profesional, más que en la protección del banco se funda en la protección de la *libertad*.<sup>32</sup> MALAGARRIGA denomina a este fundamento como de “Derechos Humanos”, y pone el ejemplo de Suiza, país en el que contrariamente a la suposición generalizada de que la notoria protección que allí se da al secreto de las operaciones bancarias es la atracción de dinero extranjero, se ha sostenido que la principal razón por la que la ley suiza protege tan estrictamente el secreto bancario es que los suizos considerarían el secreto de sus asuntos privados como un aspecto de la libertad personal que ellos desean preservar.<sup>33</sup>

b) En segundo lugar, la que quizás pueda definirse como “*razón de conveniencia*” por excelencia, ya que refiere a la propia viabilidad del negocio bancario: el secreto permite el desarrollo normal y eficiente de la actividad bancaria. En este sentido, SUPERVIELLE sostiene que se trata de la protección de “la actividad del

23 Cfm. DO EGITO COELHO, op. cit., pág. 197.

24 DO EGITO COELHO, op. cit., pág. 195.

25 DO EGITO COELHO expresa al respecto: “...en sus comienzos, en los primeros tiempos de que tenemos noticia de esta actividad humana, el secreto bancario era más una razón ética, moral. Hoy yo creo que la razón principal del secreto bancario es una razón de conveniencia”. ...“El mantenimiento del secreto bancario resulta al final en una medida extraordinaria para el desarrollo del comercio bancario.” (op. cit., pág. 196).

26 MALAGARRIGA ejemplifica esta posición a través de la transcripción del siguiente fragmento de la exposición de motivos de la ley bancaria argentina vigente entonces: “desde el punto de vista económico, la obligación de secreto refuerza la confianza del público en las entidades financieras, cooperando a la obtención de un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y una afluencia vigorosa de capitales que, de otra manera, emigran hacia países donde gozan de este tipo de seguridades” (“El secreto bancario” cit., pág. 25).

27 MALAGARRIGA, Juan Carlos, op. cit., pág. 26.

28 MALAGARRIGA dedica un capítulo de su obra sobre el Secreto Bancario a la reseña de las distintas posiciones doctrinarias en cuanto a los fundamentos de la obligación de secreto “que, universalmente, en mayor o menor grado se impone a quienes desarrollan la actividad bancaria” (op. cit., pág. 17 y ss).

29 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 17.

30 SUPERVIELLE, op. cit., págs. 199 a 201.

31 Al respecto, resulta muy ilustrativa la frase de LA ROCHEFOUCAULD citada por BONFANTI: “aquél a quien confies tu secreto, deviene dueño de tu libertad” (BONFANTI, Mario A., “Contratos Bancarios”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 75).

32 PEREZ FONTANA, “Cuaderno...” cit., pág. 84. La cita de ARROYO TORRES corresponde al trabajo titulado “Secreto profesional” en Primera Jornada Notarial Rioplatense, diciembre de 1957, pág. 9.

33 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 24 y 25. Cita a FRIEDRICH, Hans Meter (“The anonymous bank account in Switzerland” en “The Banking Law Journal”, Boston, EE.UU. de N.A., Vol. 79, No. 11, nov. 1962, págs. 961/70, no. 4), para quien la ley suiza de 1934 “fue aprobada fundamentalmente en interés de los ciudadanos suizos que genuinamente creen que los arreglos de una persona con su banco es un asunto privado que no concierne a nadie más”.

banquero”<sup>34</sup>, pues éstos deberán asumir necesariamente la obligación de discreción para permitir su operativa. Expresa incluso que se trata de una “condición” para que las relaciones entre el cliente y el banco se puedan desarrollar, íntimamente relacionada con otro de los elementos esenciales que posibilitan la actividad bancaria, como es el factor *confianza*. En el mismo sentido señala PEREZ FONTANA que la discreción en la actuación de los bancos constituye una conducta autoimpuesta por éstos *en su propio interés*.<sup>35</sup> BERGSTEIN también destaca la importancia que tiene el secreto para el interés en la protección del banquero, pues permite que la misma sea desarrollada en condiciones más adecuadas, en beneficio del cliente, del propio banquero y de toda la sociedad.<sup>36</sup> MALAGARRIGA agrega que además de la protección de un derecho de la personalidad humana (como todo secreto profesional), el secreto bancario ha merecido la especial protección de la ley en la medida que trasciende el mero interés privado y se proyecta en la facilitación del desarrollo del comercio bancario y el comercio en general, en el que está comprometido el *interés general*, pues involucra el crecimiento económico de una nación.<sup>37</sup> En el mismo sentido se pronuncia LABANCA, quien, citando a RUTA, sostiene que existe una razón más de interés público que privado, pues la obligación de secreto refuerza la confianza de la clientela en las instituciones de crédito y ello, a su turno, asegura un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto, emigraría hacia países donde se facilitarían este tipo de seguridades.<sup>38</sup>

c) Por último, SUPERVIELLE señala la existencia de un *interés propio del cliente* en la preservación del silencio respecto de los negocios y de las confidencias que se hacen en las instituciones bancarias, puesto que la revelación de la operativa bancaria de este cliente puede beneficiar a los competidores y colocarlo en una posición de inferioridad, si por su parte ese cliente no está en condiciones de obtener igual información de sus colegas.<sup>39</sup> Interesa destacar el alcance que el mencionado autor confiere a este fundamento: no sólo refiere a la información sobre los depósitos bancarios, sino también a todo lo que implique conocer la situación patrimonial del cliente, y todos los informes que hiciere llegar confidencialmente al banco para explicar su verdadera situación económica y financiera.<sup>40</sup>

A su vez, respecto de la *naturaleza jurídica*, esto es, la *fuerza* de la obligación de secreto, pueden sintetizarse al menos cuatro posibles fuentes citadas por diversas posiciones doctrinarias:

a) En primer lugar, se ha sostenido que el secreto bancario tiene naturaleza *contractual*, basándose en las normas civiles que normalmente imponen el secreto al depositario en un depósito común (en nuestro Código Civil, el art. 2256). Se considera también (fundamentalmente en el Derecho germánico) que siendo el contrato bancario una relación eminentemente fiduciaria, genera en el banco la obligación de reserva que es manifestación necesaria de dicha relación.<sup>41</sup> Algunas variantes de esta posición atribuyen la obligación de guardar el secreto a una suerte de convención *sui generis* o contrato innominado por el cual el banquero asumiría la obligación de mantener en reserva todo lo que sabe sobre el cliente.<sup>42</sup> Puede señalarse como punto débil de esta posición, que no explica la obligación de secreto del bancario sobre la información que recibe del cliente aún *antes* de contratar con él (e incluso si nunca llega a contratar), y la obligación de guardar reserva *luego* de terminada la relación contractual.<sup>43</sup> En nuestra doctrina, OLIVERA GARCIA adhiere a esta posición sosteniendo que existe un régimen de origen convencional -en forma paralela e independiente de que el secreto bancario sea consagrado en la ley- que impone la obligación de guardar secreto sobre todas las operaciones realizadas entre la entidad bancaria y el cliente, sujeto a las limitaciones que los propios usos bancarios imponen.<sup>44</sup>

b) La doctrina también ha sostenido que la obligación de guardar secreto es un *uso mercantil* y que por tanto rige en todos los contratos –aún antes y después de su vigencia-, basándose en disposiciones legales como nuestros artículos 1291 del Código Civil y 209 del Código de Comercio, que establecen que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente *obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino también a todas las consecuencias*

34 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 200: “*existe también otro interés que conviene proteger: es el de la profesión de banquero*”.

35 PEREZ FONTANA, “Cuaderno...” cit., pág. 83, donde expresa textualmente que “*la actuación con discreción se la impusieron los bancos en su propio interés par atraer a lo que se llama la clientela, o sea a las personas que acudían a solicitar los servicios que prestan los banqueros, movidos entre otros motivos, por la confianza que les merecen...*”.

36 BERGSTEIN, Nahum, “*El Delito de violación del Secreto Bancario*”, FCU, Mont., 1987, pág. 19.

37 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 31 y 32.

38 LABANCA, Jorge, « *El secreto bancario* », Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 10.

39 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 201.

40 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 201.

41 MALAGARRIGA (op. cit. pág. 20-21) citando a MORERA, Renzo, en “*Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario*”, en Banca, Borsa e Titoli di Crédito, abril-junio 1965, XVIII, Fasc. II, pág. 276 y ss.

42 PEREZ FONTANA, op. cit., pág. 86.

43 PEREZ FONTANA, “Cuaderno...” Cit. Pág. 85.

44 OLIVERA GARCIA, “*Manual de Derecho...*” cit., pág. 193.

que según su naturaleza sean conformes a la equidad, los usos y a la ley.<sup>45</sup> Los usos en la práctica bancaria como fuente de la relación de confianza en que se funda el deber de secreto, han sido destacados también por GARRIGUES.<sup>46</sup> BONFANTI, por su parte, sostiene que el secreto integra la operativa bancaria aún en las hipótesis de no contar-se con una normativa expresa al respecto, pues es un uso que se “*adecua al quehacer de los bancos*”.<sup>47</sup>

c) Según la opinión más difundida en la doctrina –que hemos reseñado al comienzo de este trabajo–, el secreto bancario es una modalidad del *secreto profesional* cuya violación está sancionada, en nuestro Derecho, por el art. 302 del Código Penal<sup>48</sup>. Así lo sostiene MALAGARRIGA, para quien el secreto bancario constituye una especie dentro del género más amplio del secreto profesional.<sup>49</sup> En el mismo sentido se pronuncia entre nosotros BERGSTEIN, quien afirma que el secreto bancario es una forma del secreto profesional por cuanto uno y otro reposan en los mismos fundamentos y tienen parecidos alcances.<sup>50</sup> Sin embargo, PEREZ FONTANA, siguiendo a MOLLE, no comparte esta opinión, basándose en que el secreto profesional recae sobre personas jurídicas que constituyen organizaciones de carácter complejo –los bancos– y protege intereses individuales diversos al de la intimidad protegido por el secreto profesional común impuesto a personas físicas a cuyos servicios debe acudir-se en circunstancias diversas (médicos, parteras, etc.).<sup>51</sup>

d) Finalmente, SUPERVIELLE señala que en aquellos países en los que no se encontraba expresamente consagrada por ley la obligación del secreto profesional, se acudió incluso como fundamento a las disposiciones generales en materia de *responsabilidad civil extracontractual* considerando que la revelación de hechos que se conocen en virtud del ejercicio de una profesión constituye un acto ilícito cuando produce un daño y ha sido efectuado con dolo, culpa o negligencia (art. 1319 del Código Civil).<sup>52</sup>

En definitiva, la breve reseña que antecede sobre sus fundamentos y naturaleza jurídica, no hace más que confirmar que, cualquiera sea la posición que se adopte sobre este tema, el secreto profesional –y el secreto bancario en particular, con los distintos alcances que pueda conferirle cada legislación nacional– está en la esencia misma de la actividad bancaria desde sus comienzos. En otras palabras, no sería posible el desarrollo de la actividad bancaria sin el secreto, reserva o discreción que es inherente a la misma, y que habrá de adoptar distintos alcances y modalidades de acuerdo a las definiciones que al respecto adopte el Derecho Positivo, pero –al menos en el estado actual de las cosas– no es imaginable su completa erradicación y sustitución por la completa publicidad de las operaciones bancarias en general.

Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta que existen diversas situaciones que han requerido atenuar el carácter absoluto del secreto en aras de tutelar bienes jurídicos que aparecen en principio como contrapuestos a aquéllos protegidos por el secreto (por ejemplo, las normas de protección contra el lavado de activos, de mejora de gestión de riesgo crediticio, etc.), nos proponemos abordar en este trabajo el análisis del alcance de la reciente legislación que faculta al Banco Central del Uruguay, a divulgar la información que obra en su poder en virtud de sus potestades de supervisión y control (Ley 17.948). Para ello, entendemos necesario establecer previamente algunas pautas sobre el alcance del secreto profesional que se impone al organismo supervisor sobre dicha información.

## II.4.- Secreto profesional del organismo de supervisión – Regulación legal – Alcance – Concepto de “Justa Causa”

### II.4.1.-Desarrollo doctrinario sobre el concepto de “Justa Causa”

La obligación de guardar secreto profesional se encuentra consignada en nuestro Derecho Positivo en el art. 302 del Código Penal, que establece: “*El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables) de multa*”.

45 PEREZ FONTANA, op. cit., pág. 86.

46 GARRIGUES, Joaquín, “*Contratos Bancarios*”, Madrid, 1953, pág. 52. Afirma dicho autor que “*el fundamento del deber de secreto ue tienen los Bancos hay que buscarlo una vez más en normas usuales de general vigencia, y el fundamento, a su vez, de este uso bancario hay que buscarlo en la naturaleza antes apuntada del contrato bancario como una relación de confianza*”, invocando al respecto el concepto de “*relación fiduciaria*” acuñado por la doctrina inglesa.

47 BONFANTI, Mario A., op. cit., pág. 75.

48 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 199; GULPHE (citado por SUPERVIELLE), *Rev. trim. De droit commercial*, 1948, p.9; PEREZ FONTANA, “*Cuadernos...*” cit., pág.86.

49 MALAGARRIGA, Juan Carlos, op. cit., pág. 29.

50 BERGSTEIN, Nahum, “*El delito de violación del Secreto Bancario*”, FCU, Mont. 1987, pág. 19.

51 PEREZ FONTANA, “*Cuadernos...*” cit., pág. 87.

52 SUPERVIELLE, op. cit. pág. 228; también citado por PEREZ FONTANA, “*Cuadernos...*” cit., pág. 87.



En primer lugar, debe puntualizarse que el concepto de “profesión” a los efectos de este artículo, debe entenderse en un sentido amplio, que al decir de RETA<sup>53</sup> comprende toda actividad lícita reconocida por el Estado. En el caso que nos ocupa, abarca la información que reviste carácter secreto o confidencial, obtenida en el ejercicio de la función bancocentralista (no comprende aquella información que pueda haber sido obtenida accidentalmente o por razones extra-profesionales, ajenas al ejercicio de los cometidos del Banco Central). La gran cantidad de competencias que se han ido agregando al BCU, fundamentalmente a partir de la década de 1990 (en materia de seguros, mercado de valores, fondos de inversión, fideicomisos financieros, etc.<sup>54</sup>), ha ampliado considerablemente el cúmulo de información que recibe por ese concepto. Toda esa información se encuentra protegida por el secreto profesional, no solamente por el citado art. 302 del Código Penal, sino por las normas que expresamente lo imponen al Banco Central del Uruguay (arts. 22 y 23 de su Carta Orgánica, Ley No. 16.696 de 30-III-1995).

En cuanto al concepto de “justa causa”, el legislador optó por no proporcionar su definición o una enumeración de las circunstancias en que ésta se debe considerar configurada. Se trata pues, de un concepto jurídico indeterminado, cuya interpretación debemos abordar a los efectos de dilucidar el contenido que nuestro ordenamiento jurídico ha querido otorgarle, teniendo especialmente en cuenta la importancia de tal interpretación, por su condición delimitativa del tipo penal previsto en la norma comentada. A ello debe sumarse la incidencia que este concepto pueda tener en la aplicación de la facultad de divulgación otorgada al BCU en la ya citada Ley 17.948.

Comenzaremos por analizar la posición de la doctrina, recordando la enumeración de las cuatro situaciones que BAYARDO BENGOA<sup>55</sup> -siguiendo a su vez otros autores, entre los que se destaca SOLER<sup>56</sup>- entiende comprendidas en el concepto de “Justa causa” a los efectos del art. 302 del Código Penal. Esas cuatro hipótesis son:

- A) Consentimiento del interesado.
- B) Necesidad.
- C) Defensa o ejercicio de un legítimo derecho.
- D) Normas imperativas.

### A) Consentimiento del interesado.-

Cuando hay **consentimiento del interesado**, la doctrina<sup>57</sup> es conteste en negar la existencia del delito de violación del secreto profesional, ya que si el propio interesado puede revelar el secreto, no cabe duda que puede hacerlo también el depositario del mismo con el consentimiento de aquél. Según BINDING<sup>58</sup>, ello se fundamenta en que por medio de esta infracción no es protegido el interés del mantenimiento del secreto, sino la *voluntad* de que sea mantenido.

De todos modos, debe puntualizarse que según SOLER<sup>59</sup>, en realidad el consentimiento del interesado le quita el carácter secreto a la información, y por ello no se trataría de una excepción que permite revelar el secreto, sino que el tipo penal no se configura debido a la *ausencia de secreto*. No estaríamos pues ante la figura de la “justa causa”, ya que ésta presupone la existencia del secreto.

CAIROLI<sup>60</sup> destaca a su vez que el consentimiento del interesado opera como eximente siempre y cuando con el mismo “no se viole una ley de orden público o de interés general”. En el primer caso, estamos fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, y en el segundo, se antepone el interés general al interés particular.

53 RETA, Adela, “Derecho Penal”, 2do. Curso, Tomo IV, FCU, pág. 87.

54 Cabe citar como casos más relevantes, sin que ello agote el listado de tales competencias, a la Ley No. 16.426 de 14-X-1993 (supervisión y control de seguros), Ley 16.696 de 30.III.1995 arts. 40 y 56 (autorización y control sobre casas de cambio); Ley 16.713 de 3-IX-1995 (supervisión, regulación y control de AFAPs); Ley 16.749 de 30-V-1996 (Ley de Mercado de Valores: registración de valores de oferta pública, supervisión y control de emisores y otros agentes del mercado de valores); Ley 17.703 del 27-X-2003 (supervisión y control de fideicomisos financieros).

55 BAYARDO BENGOA, Fernando, “La Tutela Penal del Secreto”, Facultad de Derecho, Montevideo, 1961.

56 SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino” Editorial La Ley, Bs. As. 1946, pag.135 y ss.

57 BAYARDO BENGOA, op.cit., pág. 333; CAIROLI, Milton, “Curso de Derecho Penal Uruguayo” Parte Especial, Tomo III, pág. 213; SOLER, Sebastián, op. cit., pág.135 y ss.

58 BINDING, “Lehrbuch, I, p.127, citado por SOLER, op. cit.pág. 57

59 SOLER, op.cit., pág. 137.

60 CAIROLI, Milton, op. cit., pág. 213.

Veremos más adelante cómo este conflicto de intereses o bienes jurídicamente tutelados cobra especial importancia en la delimitación del concepto de “justa causa”.

A su vez, y en aplicación de las normas y principios generales de Derecho sobre la validez del consentimiento, el mismo debe ser emitido en forma válida por el interesado, es decir, sin que medie error, violencia o dolo. Recientemente se ha cuestionado la legitimidad de una disposición legal que confiere efecto *irrevocable* a la autorización dada por el interesado frente a la Administración Tributaria para revelar operaciones comprendidas en el secreto bancario por un período determinado, puesto que ello puede ser entendido como una renuncia a un derecho fundamental del individuo como es el derecho a la privacidad (en el marco del derecho a la libertad individual).<sup>61</sup>

Por último, tampoco existe secreto cuando determinados hechos, que habiendo sido secretos, cobran notoriedad o se tornan de conocimiento público. En tal sentido, expresa IRURETA GOYENA<sup>62</sup> que si el **hecho es notorio, no existe secreto**, y faltando éste no puede racionalmente pensarse en la infidencia punitiva. Esta sería la situación de los registros a cargo del Banco Central del Uruguay que revisten carácter público (encontrándose en algunos casos incluso la información disponible en la página web de la institución), como es el caso del Registro Público del Mercado de Valores, el Registro de Accionistas de instituciones de intermediación financiera, Registro de Accionistas de las administradoras de fondos de ahorro provisional (AFAPs), etc.

## B) Necesidad.-

La **necesidad** es, para BAYARDO BENGGOA, la modalidad en que se presenta ordinariamente la “justa causa”, y constituye para este autor, el estado en el cual se legitima la revelación para evitar un mal mayor.<sup>63</sup>

En el mismo sentido, pero en forma aún más concluyente se manifiesta SOLER<sup>64</sup>, afirmando que en realidad es *ésta la situación en que se constituye propiamente “justa causa”* en un sentido técnico estricto, ya que en el caso del consentimiento del interesado, como en el del deber legal positivo de dar a conocer un hecho (que analizaremos más adelante), se trata, en el fondo, de situaciones que quitan a la información el carácter secreto, ya en modo absoluto, ya en modo relativo, con referencia a determinados círculos de personas.

Según este concepto, para establecer si existe o no justa causa que amerite la revelación del secreto profesional, *debe evaluarse la jerarquía de los bienes jurídicos que se encuentran en juego*: por un lado el bien jurídico tutelado por el delito de revelación de secreto profesional, y por otro, el bien jurídico que se vulneraría en caso de mantenerse el secreto. Si éste es considerado de mayor jerarquía o importancia que aquél, entonces se habría configurado la “justa causa” prevista en el art. 302 del Código Penal.

Ahora bien: debemos entonces preguntarnos cuál es el bien jurídico tutelado por el delito de revelación de secreto profesional, para luego poder analizar qué bienes jurídicos podrían considerarse “superiores” como para ameritar la revelación del secreto (o al menos qué criterio puede adoptarse para la jerarquización de los mismos), y finalmente, a quién corresponde realizar ese juicio sobre la jerarquización de esos bienes jurídicos, es decir, sobre la existencia o no de “justa causa” en el caso que nos ocupa (que BAYARDO BENGGOA y SOLER han denominado “necesidad”). Corresponde aclarar que analizaremos el bien jurídico tutelado por el secreto profesional en general, sin perjuicio de las precisiones ya realizadas en el numeral II.3 sobre los fundamentos específicos del secreto profesional en la actividad bancaria.

En cuanto al bien jurídico tutelado mediante el delito del art. 302 del Código Penal, el propio Código nos da la respuesta ubicándolo en el capítulo de los “Delitos contra la Libertad”, y dentro de éste, contra la inviolabilidad del secreto. La doctrina ratifica y desarrolla este concepto, y en tal sentido, mientras que RETA<sup>65</sup> agrega que está en juego la libertad *individual*, para SOLER, el bien jurídico tutelado reviste carácter complejo, al que describe como *el fin genérico de tutelar la libertad mediante la protección dispensada a la esfera de intimidad y reserva*<sup>66</sup>.

En cuanto a los bienes jurídicos que podrían anteponerse a la protección de la libertad individual, distintos autores coinciden en señalar la protección del *interés público*, y en algunos casos del *orden público*, como confi-

61 Se trata del art. 53 de la Reforma Tributaria (Ley 18.083 de 27 de diciembre de 2006). Sobre esta norma, ha dicho ADRIASOLA que “Lo único determinado es el período de autorización, pero lo que no puede admitirse es que la misma, según lo establece el inciso segundo de la norma, tenga carácter irrevocable.”...“Y ello porque, como ya lo señalamos, el derecho a la privacidad integra la esfera de los derechos fundamentales del individuo, y esos derechos son irrenunciables, y la imposibilidad de revocar la liberación del secreto equivale en los hechos a una renuncia al mismo.” (ADRIASOLA, “La ley de Reforma Tributaria...” cit., pág. 28).

62 IRURETA GOYENA, “El Secreto Profesional”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.45, pág. 63.

63 BAYARDO BENGGOA, op. cit., pág. 336

64 SOLER, op. cit., pág. 136

65 RETA, op. cit., pág. 86

66 SOLER, op. cit., pág. 128.

gurativos de “justa causa” que releve del secreto profesional, lo que indica en cierto modo, el señalamiento de una prevalencia de los intereses públicos frente a los individuales o privados que estarían protegidos –según el Código Penal- mediante la obligación de secreto.

Así, RETA<sup>67</sup> propicia un concepto de justa causa que tenga en cuenta el contexto social e histórico en el cual se debe determinar dicho concepto, sosteniendo que el mismo no puede quedar limitado a su definición por imperio legal, sino que tiene que ser una causa que resulte justa en función del concepto medio de una sociedad determinada, en atención precisamente, a la consideración valorativa de determinados bienes jurídicos que hace esa sociedad. Podría decirse que se trata, según esta autora, de un concepto de carácter evolutivo, que podrá ir teniendo diversos contenidos de acuerdo a los cambios axiológicos o las necesidades cambiantes que vaya sufriendo una sociedad determinada. En esta línea de pensamiento, propone entonces como criterio posible la consideración de que la justa causa es aquella que contempla el **interés general**, que puede comprender el orden público, los fines colectivos, etc.

En el mismo sentido, IRURETA GOYENA<sup>68</sup>, sostiene que si el profesional estima que la causa que se invoca para hacerle revelar el secreto involucra el **interés público**, debe proceder a la revelación, y en la hipótesis contraria, negarse a ello.

También la jurisprudencia nacional ha aceptado este criterio. En el caso 4056 de La Justicia Uruguaya<sup>69</sup> se establece que existe obligada colaboración testimonial “cuando el hecho de cuya inquisición se trata constituye un ilícito que afecta al **interés general**”, y refiriéndose al secreto profesional, evoca el principio de que los derechos individuales pueden ser limitados por razones de **interés general**. La misma sentencia invoca también el **orden público** como criterio jurídicamente ponderado en el art. 10 inc. 1ero. de la Constitución.

En efecto, nuestro régimen Constitucional también nos proporciona un criterio para la resolución de esta cuestión, ya que menciona expresamente el **interés general y el orden público** como bienes jurídicos protegidos, otorgándoles una posición preferencial frente a algunos derechos individuales. Así, el artículo art. 7 de la Constitución establece que sólo las leyes dictadas por razones de **interés general** podrán establecer privaciones de los derechos fundamentales allí enumerados (entre los cuales se encuentra la libertad –derecho a la intimidad-)<sup>70</sup>; y el ya citado art. 10 inc. 1ero. sustrae de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de las personas que no ataquen el **orden público**<sup>71</sup>, reafirmado así la tutela del orden público como límite legítimo a la protección de los derechos individuales (como vimos, citado expresamente por la Suprema Corte de Justicia<sup>72</sup>, en referencia a los límites del secreto profesional).

En definitiva, el sujeto activo de la obligación de secreto, puede a su vez tener el deber de tutelar otros bienes jurídicos que se consideren prioritarios con respecto al derecho a la intimidad (como especie de la libertad individual) que se tutela mediante el secreto profesional, y ello puede constituir la “justa causa” que legitime la revelación.

Entre esos bienes jurídicos que podrían entenderse involucrados en la revelación del secreto, debe considerarse la posibilidad de que el correcto ejercicio de la función bancocentralista que se otorga al BCU en el art. 196 de la Constitución, sobre cuyo contenido y finalidades se extiende la ya citada Ley 16.696 (Ley Orgánica del Banco Central), pueda considerarse de interés público, y en consecuencia justifique la revelación en ciertos casos. Podría ser, por ejemplo, el caso de la información que se proporcione a otros organismos extranjeros de contralor bancario, en aras de mantener un adecuado sistema de cooperación con otros Organismos extranjeros que cumplen la misma función (situación que ahora ha sido contemplada expresamente en el artículo 6to. de la Ley 17.948), o la divulgación a los interesados sobre la situación comercial de endeudamiento de una persona física o jurídica (art. 3ero. de la Ley 17.948). Si bien en estos casos la existencia de una ley parece en principio habilitar todo tipo de revelación, veremos que ello no es tan así, y que también existen límites a esas facultades a pesar de la formulación legislativa tan amplia.

67 RETA, op. cit., pág. 92.

68 IRURETA GOYENA, op. cit., pág. 61.

69 Sent Trib. de Apelaciones de 1er. Turno 6/5/55.

70 El artículo 7 de la Constitución dice textualmente: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.”

71 Art. 10 inc. 1ero. de la Constitución: “las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el **orden público** ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.”

72 LJU, caso 4056.

### C) Defensa o ejercicio de un legítimo derecho.-

La tercera de las situaciones mencionadas por BAYARDO BENGEOA como configurativas de “Justa Causa” es la **defensa o ejercicio de un legítimo derecho**. Esta situación es abordada por la doctrina fundamentalmente para los casos en que el profesional convocado a declarar en un juicio revela el secreto para no verse involucrado a su vez en una imputación penal, o cuando persigue el cobro de honorarios.

Podría darse esta situación en el caso del organismo supervisor del sistema bancario, cuando éste enfrenta juicios en su contra –lo cual se ha tornado tan frecuente luego de la crisis bancaria de 2002- pues en tal caso actúa como un sujeto de derecho que puede encontrarse, como cualquier otro, ante la necesidad de revelar secretos profesionales en su defensa, o bien a los efectos de ejercer un legítimo derecho.

### D) Normas imperativas.-

Finalmente, cuando existen **normas imperativas**, es decir, cuando el sujeto se encuentra obligado a revelar el secreto por mandato legal, no cabe duda que no estará comprendido en la figura penal prevista en el artículo 302.

No obstante, y como hemos adelantado ut supra (punto II.2), la doctrina ha sostenido que en este caso no estamos frente a una “justa causa”, sino a la inexistencia del secreto<sup>73</sup>, y más aún, al *deber* de hacer la revelación.

Esta situación reviste especial importancia en el caso que nos ocupa. En efecto, la revelación de secretos profesionales por parte del Banco Central sería legítima siempre que estuviera admitida por una norma con valor y fuerza de Ley, como lo es la Ley 17.948, quedando la delimitación del secreto únicamente librada al análisis del alcance de la norma en cuestión. Están comprendidas pues en esta “justa causa” las leyes que se dictaren previendo expresamente la excepción al secreto (es decir, la facultad de divulgación), así como los Convenios o Tratados internacionales de cooperación suscritos con terceros países siempre que estén ratificados por el Poder Legislativo, de manera que se les otorgue valor y fuerza de Ley, cuando éstos prevean expresamente la obligación de revelar secretos o la dispensa de la aplicación del delito de revelación de secreto profesional.

Esta solución legal de Derecho objetivo, evita los riesgos que implica la ponderación subjetiva de la existencia de “justa causa” que, como veremos a continuación, necesariamente debe hacer el sujeto a quien se le requiere información comprendida en el secreto profesional.

#### II.4.2) Quién evalúa la existencia de “Justa Causa”.

Se trata de establecer *a quién* compete juzgar si corresponde guardar el secreto profesional o por el contrario, el mismo puede revelarse en virtud de que se busca la protección de un bien jurídico al que nuestro Derecho confiere una tutela mayor.

En este punto surge una importante diferencia entre el secreto profesional y el secreto bancario, regulado este último en nuestro país por el art. 25 del Decreto.Ley 15.322. En el secreto bancario, salvo cuando hay consentimiento expreso y por escrito del interesado, es el juez penal o el juez competente en materia de pensión alimenticia quien juzgará la procedencia de su revelación, bastando que la orden judicial esté debidamente fundada para que el destinatario se encuentre obligado a suministrar la información. En el caso del secreto profesional, en cambio, el sujeto requerido puede negarse a informar aún cuando exista resolución judicial fundada, en aquellos casos en que de acuerdo al juicio de buena fe realizado según su conciencia profesional, entienda que no existe justa causa que le releve de la obligación de guardar secreto. En otras palabras, la evaluación sobre la existencia de justa causa corresponde al sujeto que recibió la información por razones profesionales.

IRURETA GOYENA<sup>74</sup> sostiene que es “el profesional” quien debe estimar si la causa que se le invoca para el pedido de información confidencial afecta o no el interés público.

73 SOLER, op. cit., pág. 136.

74 IRURETA GOYENA, op. cit., pág. 61.

Según sostiene BAYARDO BENGEOA<sup>75</sup> citando a SOLER<sup>76</sup>, el profesional debe emitir un juicio “honestamente posible” sobre la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados. Cita en su respaldo otras posiciones doctrinarias, para las cuales la revelación del secreto a mérito de la existencia de una justa causa, debe entregarse a la **conciencia del profesional**<sup>77</sup>.

Específicamente en relación al secreto profesional vinculado a la actividad bancaria y al depósito bancario en particular, SUPERVIELLE también afirma que la existencia de “justa causa” (como eximente del delito tipificado en el art. 302 del Código Penal) debe ser apreciada por “el depositario del secreto”.<sup>78</sup>

En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, entre la cual cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno de 16/5/45<sup>79</sup>. Allí se sostuvo que quien aprecia si la pregunta que se le hace al ser citado a declarar viola o no el secreto profesional que está obligado a guardar el citado, es éste mismo (el declarante) **conforme a su conciencia**, y sólo debe abstenerse de responder si ésta le dicta esa conducta.

SOLER sostiene incluso que aún ante un error en esta evaluación, el sujeto activo del delito de violación de secreto profesional puede no ser punible, dado que el contenido de su obligación sería en realidad el *deber de buena fe* en dicha evaluación, a lo que llama la elaboración de un juicio “honestamente posible” por parte del profesional, al margen del acierto efectivo del resultado<sup>80</sup>.

En definitiva, en los casos comprendidos en el secreto profesional (fuera de aquéllos en que no existe estrictamente secreto porque la ley obliga a revelar o el interesado releva de la obligación al profesional) la doctrina sostiene que la revelación es **voluntaria**, ya que la evaluación de la existencia de justa causa radica en el interesado. Esta posición ha sido recogida por la Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay<sup>81</sup>, manifestando que “la decisión final acerca de los límites y condiciones en los que proporciona la información, sería así, decisión exclusiva del Banco, quien deberá tener presente la eventualidad de responsabilidad civil frente a terceros, que pudieran sentirse afectados por la información que se revele.”<sup>82</sup>

#### II.4.3) Principios Generales de Derecho y Fundamentos de Leyes Análogas

**A)** Como ya señaláramos *ut supra*, (punto II.4.1 lit. B) en cuanto al contenido del concepto de “justa causa”, nuestro ordenamiento jurídico contiene normas de rango constitucional que contribuyen a afianzar la protección del “interés general” y el “orden público” como criterio de configuración de “justa causa” prevista en el art. 302 del Código Penal. En la medida que este alcance es recogido en el Derecho Positivo, podría considerarse como un verdadero **Principio General de Derecho**: la protección del interés general, en determinadas condiciones, puede legitimar una limitación a los derechos individuales (como lo es el de intimidad dentro del marco genérico de la “libertad”, protegido por el art. 302 citado).

Las normas de las que se desprende dicho principio, son los artículos 7 y 10 de la Constitución, cuyo texto ya hemos transcrito; y también cabe mencionar el art. 28 de la misma Carta que al establecer la inviolabilidad de la correspondencia (derecho directamente vinculado al “secreto” e “intimidad” como especie de la libertad individual), admite su limitación por razones de interés general.

**B)** También puede encontrarse respaldo al concepto de “justa causa” que se ha venido manejando, en el **fundamento de leyes análogas** al art. 302 del Código Penal.

75 BAYARDO BENGEOA, *op. cit.*, pág. 337.

76 SOLER, *op. cit.*, págs. 136.

77 Las citas corresponden a IRURETA GOYENA, pág. 62, y ARROYO TORRES, “El Secreto Profesional”, Buenos Aires 1957 -ed Fanetti- pag. 11.

78 SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, “*El depósito bancario*” cit., pág. 209 y 214. Afirma allí textualmente el actor respecto de quién corresponde que resuelva, en determinadas hipótesis, si es legítimo o no revelar el secreto: “*En este caso, como en el que está en juego determinar si existe o no la justa causa prevista como exigente del delito de revelación de secreto profesional tipificado en el art. 302 del Código Penal, sería el propio depositario quien, analizando las circunstancias de hecho, debería decidir si existen o no razones de suficiente peso como para justificar la revelación del secreto.*”... “*La verdad es que, cualquiera sea el concepto que se pueda tener de la justa causa, es este un elemento que debe ser apreciado por el depositario del secreto.*”

79 Caso 2351 de La Justicia Uruguaya.

80 Expresa textualmente SOLER que “si el sujeto ha estado en error acerca de esa necesidad, sea cual sea el carácter de aquél, no habrá delito, porque aquí no solamente vale el juicio del juez acerca de la necesidad, vale también el del imputado. Lo que el juez debe determinar es que el juicio del imputado haya sido un **juicio honestamente posible**” (*op. cit.* pág. 136)..

81 Dictamen No. 235 de 30 de agosto de 1995.

82 Así ha procedido, por otra parte, dicha Sala de Abogados al sentar su propio criterio, por ejemplo, en el referido Dictamen de Sala No. 256 del 17/2/97: “debe procederse con cautela, y no debe revelarse el secreto si no se está ante la eventual comisión de un delito sancionable por la Justicia Penal y los hechos irregulares llegan a conocimiento del Banco en virtud de sus facultades extraordinarias de acceso a la empresa investigada.”, habiéndose también negado la Asesoría Jurídico Notarial a un pedido concreto de información cursado por una institución nacional que invocaba el interés de brindar información útil a los sectores crediticios nacionales (previo a la sanción de la Ley 17.948).

En efecto, si bien hemos visto que el secreto bancario se aplica a situaciones diferentes, su condición de especie dentro del género “secreto profesional” nos permite rastrear alguna analogía entre el fundamento o “ratio legis” de las limitaciones legales al secreto bancario y el régimen del secreto profesional.

En el caso del secreto bancario, la ley (art. 25 del D-Ley 15.322) enumera en forma taxativa las excepciones en las cuales podrá procederse a su revelación (“no se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley”), que en definitiva son las situaciones que el legislador entendió configuran “justa causa” para ese caso concreto, dadas las características específicas del secreto de que se trata.<sup>83</sup>

Ya antes de la sanción de la mencionada norma, se entendía que el fundamento de tales excepcionamientos era el **interés público** que estaba en juego en tales situaciones (aunque también se reconocía que el secreto bancario trascendía la protección de un mero interés privado, conforme la Exposición de Motivos del D.L. 15.322, así como la opinión concurrente de la doctrina<sup>84</sup>).

SIENRA ROOSEN<sup>85</sup> hace explícita esta “ratio legis” de las limitaciones al secreto bancario, que radica en la protección del interés público. Cuando explica los criterios aplicados por los abogados del Banco República antes de dictarse el art. 25 del D.L. 15.322, (regía el art. 302 del CP), manifiesta que “...autovalorábamos con mayor gravitación el **interés público** en juego sobre el particular de mantener la privacidad de la información... aconsejando proporcionarla en los casos de requerimiento de la justicia penal, la justicia civil en casos de obligación alimenticia, o justicia de menores”.

En definitiva, también es la *protección del interés público* lo que ha fundamentado históricamente las limitaciones al secreto bancario, por lo que, dada la vinculación de dicho instituto con el secreto profesional impuesto al supervisor de bancos, podemos considerar que tal analogía respalda el concepto de “justa causa” que se ha venido desarrollando, por vía del fundamento de una ley análoga.

#### II.4.4) Conclusiones sobre el concepto de Justa Causa

De lo que viene de exponerse, podemos extraer, en síntesis, las siguientes orientaciones para identificar la existencia de “justa causa” que permita la revelación de un secreto profesional:

1) En primer lugar, debemos determinar cuándo estamos frente a una información protegida por el secreto profesional. En el caso del Banco Central del Uruguay, hemos visto que la información obtenida en el ejercicio de sus potestades jurídicas de contralor sobre el sistema financiero nacional se encuentra comprendida en el secreto profesional, y por tanto le es aplicable el art. 302 del Código Penal (además de los artículos 22 y 23 de su Carta Orgánica).

2) Debe tenerse en cuenta que existen dos situaciones en las cuales el secreto desaparece, y por tanto no resulta aplicable el delito mencionado. El primer caso es el consentimiento del interesado para la revelación de la información, pudiendo probarse el mismo por todos los medios de prueba legalmente admitidos. El segundo caso es la existencia de una norma con valor y fuerza de Ley que imponga o admita expresamente la revelación de la información secreta, pudiendo tratarse de una Ley en sentido estricto, o un Convenio o Tratado Internacional ratificado por el Poder Legislativo, siempre que dicha ratificación se efectúe mediante el procedimiento constitucional que le otorgue valor y fuerza de ley.

3) Si no se verifica ninguna de las dos situaciones mencionadas, el sujeto que recibió la información secreta por razones profesionales, deberá realizar un juicio de buena fe para dilucidar cuándo existe “justa causa” para su revelación. Esta evaluación deberá realizarse interpretando el orden jurídico, para establecer si los bienes jurídicos cuya protección se busca mediante la revelación, pueden considerarse protegidos por nuestro Derecho con mayor intensidad que aquéllos que se encuentran tutelados por el delito previsto en el art. 302 del Código Penal.

4) En este sentido, puede afirmarse que existe consenso en nuestra jurisprudencia y doctrina, en cuanto a que la protección del “interés general” y el “orden público” constituyen bienes jurídicos cuya tutela es una “justa causa” para la revelación del secreto profesional.

5) De todos modos, siendo éstos también conceptos jurídicos indeterminados, habrá analizarse en cada caso concreto cuáles son los bienes jurídicos que están en juego para establecer si puede efectuarse la revelación. Para ello, es importante dilucidar para qué  *fines*  es solicitada la información, ya que ello va a determinar la jerar-

<sup>83</sup> No obstante ello, y según se ha señalado ut supra, la Ley 18.083 de 27-XII-2006 introdujo algunas normas de flexibilización de estas causales para el levantamiento del secreto bancario frente a la Administración Tributaria, en lo que refiere al consentimiento del interesado y a la resolución fundada del juez competente (artículos 53 y 54 respectivamente).

<sup>84</sup> CREIMER, BERGSTEIN, GREZZI, OLIVERA GARCÍA, MALARRIAGA, todos citados en Sent. de la SCJ No. 430/95 del 2/8/95, y CERVINI “Alcances del Secreto Bancario en el Uruguay” en “Secreto Bancario en el Uruguay”, FCU, 2da. Ed., 1996, pág. 35.

<sup>85</sup> SIENRA ROOSEN, Rodolfo, en su ponencia “El secreto bancario en Uruguay”, presentada en “X Encuentro Latinoamericano de Abogados expertos en Derecho Bancario”, Caracas, Venezuela, del 2 al 5 de junio de 1991.

quía del bien jurídico que se busca proteger. También pueden existir normas jurídicas en las que se establezca explícita o implícitamente el carácter de “interés general” en la protección de determinados bienes o valores (Constitución, ley, Convenios o Tratados internacionales, etc.).

6) Finalmente, debe destacarse que en el caso del secreto profesional, a diferencia del secreto bancario, es el “profesional” (en este caso el Banco Central que recibió la información) quien debe juzgar en última instancia si existe o no “justa causa”, y por lo tanto, la intervención de los magistrados debe limitarse a constatar que dicha evaluación haya sido efectuada de buena fe, mediante un juicio “honestamente posible”. Cuando existe una norma expresa como lo es la Ley 17.948, cabe determinar si su alcance ofrece algún margen de discrecionalidad al depositario de la información reservada para proceder a su revelación, o estará obligado en todos los casos a revelarla frente al requerimiento correspondiente. Ese será el análisis que abordaremos en el capítulo siguiente.

### **III.- Normas sobre divulgación de información establecidas en la Ley 17.948 – análisis de su alcance en el marco del secreto profesional del organismo supervisor y las entidades controladas.-**

#### **III.1.- La Ley 17.948 de 8 de enero de 2006.-**

El objetivo principal de esta norma legal es lo que se ha dado en llamar en sus antecedentes legislativos la promoción de la “transparencia del crédito” en nuestro país<sup>86</sup>, que implica en realidad el logro de una gestión eficiente del riesgo crediticio a través de mecanismos que otorguen transparencia a la información sobre operaciones bancarias activas<sup>87</sup>.

Pueden destacarse tres herramientas fundamentales que aparecen en la ley en procura de tal objetivo, y que se encuentran en sus primeros tres artículos, a saber:

**a) En el artículo 1ero.**, que no estaba incluido en el proyecto que el Poder Ejecutivo remitió al Parlamento, se introduce una aclaración sobre el **alcance del secreto bancario establecido en el artículo 25 del Decreto-ley 15.322** de 17-IX-1982, estableciendo que el mismo sólo comprende a las operaciones bancarias pasivas y a la información confidencial recibida del cliente tanto para la realización de operaciones bancarias pasivas como activas, con lo cual quedan fuera de dicho secreto bancario las operaciones activas. Esta norma pretendió zanjar un debate histórico sobre la interpretación del alcance del referido artículo 25, que había generado desencuentros fundamentalmente entre el Poder Legislativo y la Banca oficial en ocasión de los pedidos de informes en el marco del artículo 118 de la Constitución, pero también entre la doctrina penalista, el Banco Central del Uruguay, y las instituciones de intermediación financiera privadas.<sup>88</sup>

**b) El artículo 2do.** confiere a **toda persona física o jurídica el derecho de solicitar al Banco Central del Uruguay información sobre operaciones bancarias activas** de cualquier persona física o jurídica y del conjunto económico que ésta integre que operen en instituciones de intermediación financiera, como asimismo la cate-

86 Entre las múltiples alusiones a este objetivo en las actas parlamentarias, pueden citarse las del diputado Asti (“la transparencia de todo el sistema crediticio nacional”), el diputado Gonzalez Alvarez (“Creemos que este proyecto va a dar una total transparencia a todo el sistema crediticio”), ambos en Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48<sup>o</sup>. Sesión, 6 de setiembre de 2005; y el diputado Pérez González (“...hay que tener claro que el objetivo fundamental de esta ley es que aquellos proveedores o aquellas empresas que hasta hoy no tenían posibilidades de acceder a la información para operar en el mercado de crédito, a partir de este momento lo puedan hacer”), en Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 4<sup>o</sup>. Sesión extraordinaria, 27 de diciembre de 2005. En el mismo Diario de Sesiones, obra el Informe en mayoría de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes en el cual se refiere a dicho proyecto como el “proyecto de ley sobre transparencia del crédito”.

87 El diputado Iván Posada, quien presentara ya en la legislatura anterior un proyecto de ley de similares características, es quien explicita este concepto cuando expresa: “Si bien el sector de intermediación financiera conocía y disponía de toda esta información, e sector real de la economía no tenía acceso a ella, cuando resulta vital para lograr una **gestión del crédito eficiente**”...“Ya hicimos referencia a la importancia que tiene el acceso a la información para las instituciones que funcionan en el ámbito de la economía real, a efectos de lograr esa **gestión eficiente del riesgo de crédito**.” (en Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48<sup>o</sup>. Sesión, 6-IX-2005, pág. 35, los destacados nos pertenecen). Por su parte el Senador Rubio, miembro informante de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, expresa al respecto que la divulgación de información sobre operaciones activas por parte del BCU constituye “...un tema muy importante desde el punto de vista de la **transparencia de la información pública y ciudadana y de las operaciones financieras y comerciales para saber a qué atenerse y cuál ha sido el comportamiento de los deudores**.” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 68<sup>o</sup>. Sesión, 14-XII-2005, pág. 193.

88 ADRIASOLA a alude a esta discusión en su comentario sobre algunos aspectos de la nueva ley (ADRIASOLA, Gabriel, “La ley 17.948 sobre Secreto Bancario: ¿pueden los bancos proporcionar información sobre operaciones activas o sólo se puede acceder a ésta a través del Banco Central del Uruguay?” en “La Tribuna del Abogado”, No. 149, setiembre-octubre 2006, pág. 17).

rización o rango de riesgo crediticio que se le hubiere asignado en la Central de Riesgos Crediticios (que lleva el BCU).

c) El artículo 3ero. **faculta al Banco Central del Uruguay a divulgar la información sobre operaciones activas** a que refiere el artículo 2do. que viene de citarse (es decir, sobre cualquier persona física o jurídica y del conjunto económico que ésta integre que operen en instituciones de intermediación financiera, como asimismo la categorización o rango de riesgo crediticio que se le hubiere asignado en la Central de Riesgos Crediticios que lleva el BCU), estableciendo que dicha divulgación podrá realizarse **por los medios que el BCU estime convenientes**, entre los cuales se menciona, sin que ello implique una limitación, a Internet (art. 4to. de la Ley). Si bien esta norma se ha considerado como un “espejo” del artículo 2do.<sup>89</sup>, veremos más adelante que ello no es tan así, pues existen diferencias que radican en *el alcance de las potestades del BCU* cuando se le solicita información por un particular sobre operaciones activas y cuando se trata de una divulgación pública de operaciones activas por iniciativa propia.<sup>90</sup>

Nos proponemos realizar un análisis del verdadero alcance de estas nuevas disposiciones que se introdujeran al ordenamiento jurídico nacional generando la natural expectativa propia de una temática históricamente muy controversial como lo ha sido la del secreto bancario en nuestro país. Por tratarse de disposiciones que tutelan bienes jurídicos que en principio se presentan como opuestos a aquéllos en cuya protección se basa el secreto profesional y específicamente el secreto bancario, apelaremos a las nociones sobre los fundamentos y alcance de este instituto que hemos analizado en el capítulo II del presente trabajo.

### III.2.- Contexto de normativa internacional y Derecho Comparado en el que se inserta a ley 17.948.-

#### III.2.1.- El acuerdo de Basilea II.-

El Comité de Basilea es un organismo creado en el año 1975, que funciona bajo los auspicios del BIS (Bank of International Settlements)<sup>91</sup>. De acuerdo a los antecedentes históricos referidos por HOLZ<sup>92</sup> en su estudio sobre la integración de los sistemas bancarios, el Comité fue organizado en directa respuesta al colapso del banco Herstatt en Alemania en 1974.

Los miembros del Comité no son países, sino los reguladores bancarios de 11 países industrializados más Luxemburgo. Su propósito principal es brindar cooperación regular entre los miembros, en los temas referidos a la *supervisión bancaria*.<sup>93</sup>

Se trata de un órgano asesor cuyas recomendaciones no son vinculantes para sus miembros, aunque constituyen guías regulatorias desarrolladas por consenso de los países miembros, dirigidas a procurar la convergencia de la regulación bancaria hacia un enfoque común, tendiendo a armonizar las legislaciones bancarias de los países miembros, en aras de minimizar los riesgos de la actividad bancaria.<sup>94</sup>

Este esfuerzo de armonización internacional tuvo su primer hito en el Acuerdo de Capitales de Basilea (llamado “Basilea I”) que se anunció en 1988 y entró en vigor en 1992, y que actualmente sirve de base para la regulación de capital de los bancos en más de 100 países. El propósito de este acuerdo era reforzar la solvencia de los bancos y reducir el riesgo sistémico, contrarrestando la tendencia que entonces se observaba y que venía de los años 70, hacia la reducción de los niveles de capital en la industria bancaria.<sup>95</sup> Su contenido básicamente consistía en establecer los requerimientos de capital para todas las operaciones de crédito bancario, intentando así tender hacia el logro de reglas uniformes a nivel internacional.

89 En este sentido se pronuncia el Senador RUBIO, miembro informante de la Comisión de Hacienda del Senado, quien al explicar el proyecto manifiesta: “El artículo 3º es el espejo de esto (el artículo 2do.), o sea, autoriza al Banco Central del Uruguay a dar esa información, la que por el artículo 2do. alguien puede pedir.” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 68º. Sesión, 14-XII-2005, pág. 193).

90 Cuando la información es solicitada al BCU por un particular en el marco del artículo 2do., el BCU tiene la obligación de proporcionarla, mientras que en relación a la divulgación de la información en el marco del artículo 3ero. tiene una potestad discrecional, incluso para la selección de los medios de divulgación, y no una obligación.

91 El BIS es un organismo multilateral establecido el 17 de mayo de 1930, que constituye la organización financiera internacional más antigua del mundo. Tiene la finalidad de fomentar la cooperación monetaria y financiera internacional y opera también como banco de los bancos centrales de los países miembros. La sede central está en Basilea, Suiza, y tiene dos oficinas de representación: una en Hong Kong y otra en la ciudad de México (Cfm. información obtenida de su sitio web: [www.bis.org](http://www.bis.org)).

92 HOLZ, Eva, “La integración de los sistemas bancarios”, FCU, Mont., 1997, págs. 266 y ss.

93 Cfm. HOLZ, op. cit., pág. 266.

94 Cfm. HOLZ, op. cit., pág. 266.

95 Cfm. GONZALEZ, Francisco, “Basilea II: Retos y oportunidades” en Curso en Universidad Nacional Menéndez Pelayo (UIMP-APIE), Santander, 23 de junio de 2004.



A los efectos de seguir avanzando en los propósitos antedichos, y corregir algunas deficiencias que se apreciaron en la aplicación práctica de Basilea I, más recientemente el Comité de Basilea aprobó –el 26 de julio de 2004– el “*Nuevo Acuerdo de Capital*”, más conocido como “*Basilea II*”.

La médula de Basilea II es la mejora de los métodos de medición y gestión de riesgo de las entidades bancarias, de modo que los requerimientos de capital resulten mucho más ajustados a dichos riesgos. Al decir de SOLEY y RAHNEMA, Basilea II propone medir cualquier fuente concebible de riesgo, incluidas las relacionadas con los sistemas informáticos.<sup>96</sup> Este énfasis en el riesgo se refleja en lo que se ha caracterizado como los tres pilares fundamentales de Basilea II<sup>97</sup>:

a) Los requerimientos de capital de un banco se fijan de forma mucho más ajustada a los *riesgos* a los que realmente se enfrentan las entidades y se tienen en cuenta las diferentes capacidades de cada entidad para medir y gestionar el riesgo.

b) Asignación a los supervisores de la tarea de *evaluar el riesgo global de cada entidad* y las herramientas, sistemas y procedimientos de los que dispone dicha entidad para *gestionar el riesgo*.

c) Reforzar la *disciplina del mercado*, introduciendo una *mayor transparencia en la información* sobre el riesgo y el capital de cada entidad.

En definitiva, nos interesa destacar que la tendencia hacia la transparencia de la información crediticia como una herramienta para la mejora de la gestión de crédito no tiene generación espontánea en nuestro país, sino que viene siendo un tema central en las recomendaciones internacionales dirigidas a la mejora de la supervisión bancaria.

Es cierto que los Acuerdos de Basilea están dirigidos a la medición de los riesgos *en las instituciones bancarias* y de las propias instituciones en aras de lograr una optimización en la determinación de las exigencias de capital. Pero el resto de los agentes comerciales, los no bancarios, no son ajenos a esta premisa según la cual la mejora en la medición y gestión del riesgo se visualiza como un factor de importancia clave para el desarrollo del negocio, y consecuentemente la dinamización de la economía toda. Por tanto, esa información sobre riesgo crediticio de clientes, que las instituciones bancarias optimizarán cada vez más en la medida que se vayan adecuando a Basilea II, es el objeto hacia el que apuntan las normas que, como la Ley 17.948, pretenden hacer accesible esta información a las instituciones no bancarias, en procura de mejorar su gestión crediticia, previendo para ello diversos mecanismos y variados requerimientos de acuerdo con las normas de Derecho Positivo vigentes en cada país.

En el sentido señalado, ha expresado GONZALEZ, reflejando la posición de las instituciones bancarias internacionales, que “*la mejora de los sistemas de gestión de riesgo es, también, una oportunidad muy importante para la sociedad. Porque ayuda a una mayor sanidad y solvencia del sistema financiero en su conjunto; y porque supone, también, un impulso a la eficiencia del sistema, que ha de conducir a una mejor asignación de los recursos.*”<sup>98</sup>

96 SOLEY, Jorge y RAHNEMA, Ahmad, en “*Basilea II: más cerca de lo creemos*”, en e-business Center PwC&IESE Business School, Universidad de Navarra, Barcelona, 2004.

97 GONZALEZ, Francisco, op. cit., pág. 3.

98 GONZALEZ, Francisco, op.cit., pág. 7.

### III.2.2.- Derecho Comparado.-

Muchos países han venido recogiendo –fundamentalmente a partir de la década del '90- esta tendencia hacia la transparencia y el acceso a la información crediticia de las instituciones de intermediación financiera, permitiendo el acceso a la misma a empresas no bancarias.

Pero las soluciones no son uniformes, sino que los distintos países poseen diversos sistemas y grados de apertura del acceso a la información. Así, pueden encontrarse países donde la información es de muy fácil acceso al público en general, y el particular puede requerirla ante el propio Banco Central (como es el caso de la República Argentina); en otros casos existe una Central de Riesgos, pero el acceso a la misma por los interesados –ajenos a las instituciones bancarias que proporcionan los datos- tiene mayores restricciones (como el caso de España); y por último, existen casos en los que la información es de carácter público pero puede accederse a ella a través de entidades privadas –llamadas “Bureau o Buró de Créditos”- donde los bancos aportan la información sobre créditos y todo el que tiene interés en la misma paga para acceder a ella (Estados Unidos, otros países desarrollados y diversos países de América latina). Veamos brevemente algunos de estos ejemplos.

En **Argentina**, el Banco Central emitió una Comunicación al sistema financiero (Comunicación “A” 2729) sobre Clasificación de Deudores, en la cual se obliga a todas las entidades del sistema financiero a *clasificar* a sus clientes desde el punto de vista de la *calidad* de los mismos en orden al cumplimiento de sus compromisos y/o las posibilidades que a este efecto se les asigne, sobre la base de una evaluación de su situación particular (art. 1.1 de la Comunicación). Los bancos clasifican a sus clientes de acuerdo a esta normativa como “buenos”, “regulares” o “malos” deudores. Las entidades bancarias tienen a su vez la obligación de comunicar esta clasificación al Banco Central, quien lleva un **Registro o Banco de Datos** correspondiente a los clientes de todas las entidades, es decir, de *todos* los usuarios del sistema financiero. *Este banco de datos es de carácter público y es accesible por cualquier persona a través de Internet en la página [www.bcra.gov.ar](http://www.bcra.gov.ar)*. Pero la divulgación de la información contenida en dicha base de datos no se limita a ese medio: es circularizada, además, entre los bancos y demás entidades financieras, así como entre las empresas privadas de Riesgo Crediticio (empresas –que también existen en Argentina- generalmente filiales de firmas extranjeras, llamadas “Burós de crédito” dedicadas a vender datos personales sobre créditos). Esta circularización se hacía, hasta hace poco, a través de la distribución física de un CD ROM que también se vende a cualquier interesado en la sede del BCRA<sup>99</sup>, aunque no cabe descartar en el futuro la utilización de otros soportes informáticos.

En **España**, la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de 2002, llamada Ley de Reforma del Sistema Financiero, previó en su artículo 59 y siguientes la creación en el seno del “Banco de España” (Banco Central) de la “Central de Información de Riesgos”, a la que define como un “servicio público” que tiene por finalidad recabar de las entidades financieras los datos e informaciones sobre riesgos de crédito, “para facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad” y mejorar la tarea de supervisión bancaria llevada a cabo por el Banco de España (art. 59). De acuerdo a esta norma, el régimen de España puede considerarse situado en las antípodas del argentino, ya que la información disponible en la Central de Riesgos *tiene carácter confidencial* por expresa disposición legal (art. 62 apartado Primero), y está destinada al uso exclusivo de las entidades financieras declarantes supervisadas por el Banco de España, a efectos de la concesión y gestión de créditos. Tales entidades no podrán ceder dicha información a ningún tercero a menos que medie *consentimiento expreso del interesado* (art. 62 apartado Tercero). A su vez, el artículo 63 de la Ley establece que los datos declarados a la Central de Riesgos *tendrán carácter reservado para el supervisor* (Banco de España), y que se encuentran sujetos al *secreto profesional* del mismo. Únicamente se admite que éste comparta la información con organismos supervisores de otros países bajo reglas de reciprocidad y de equiparación del Derecho interno sobre el amparo del secreto profesional, siempre que quede asegurada la confidencialidad y protección de los datos (art. 63, apartado Segundo). Por último, está minuciosamente regulado el procedimiento para la “protección de datos personales” (rectificación o cancelación del registro) que puede promover el titular ante la inexactitud de los datos existentes sobre su persona en la Central de Información de Riesgos (artículos 65 y siguientes), y se admite también la existencia de entidades de naturaleza privada dedicadas a brindar información crediticia (art.69).

Finalmente, llegamos al modelo de los Estados Unidos, que fue adoptado por diversos países de América Latina, en el cual la información se brinda a través de Entidades o Sociedades de Información Crediticia, llamadas “Buró de Créditos”, orientadas a integrar información sobre el comportamiento crediticio de personas y Empresas. El principal objetivo de estas entidades es apoyar la actividad económica del país, proporcionando a los diversos agentes económicos la información que les permita una mayor apertura al otorgamiento de crédito a sus clientes, a través de la mejora de su gestión de crédito.<sup>100</sup> Por ejemplo, en México el Buró de Crédito es creado en el año 1996, mientras que en Ecuador la “Ley de Burós de Información Crediticia No. 13” data del 18 de octubre de 2005, y en República Dominicana el funcionamiento de los llamados “Burós de Información

99 Cfm. información obtenida en la mencionada página web del BCRA, y

100 Cfm. objetivos informados por la Comisión Nacional de Valores de México (pág. Web [www.cnbv.gob.mx](http://www.cnbv.gob.mx)).

Crediticia" (BIC), se encuentra regulado también por una ley especial<sup>101</sup> Generalmente estas normas, al igual que los casos ya analizados, además de regular el manejo de la información crediticia a través de estos "Buró", contienen reglas para la protección de los datos personales de los titulares de la información (habeas data).

En síntesis, el régimen está organizado en torno a entidades no estatales, sociedades de carácter privado (Burós), que tienen el objetivo de administrar su base de datos y prestar servicios de referencias crediticias, y están sometidas al contralor de la entidad de supervisión bancaria. A su vez, los clientes contratan con los burós la prestación de servicios de referencias crediticias, mediante el pago de un precio. En definitiva, la característica fundamental es que se sustrae del ámbito estatal la administración de las bases de datos sobre información crediticia, estableciendo la posibilidad de los agentes económicos de acceder a dicha información (la que deberá ser utilizada para la concesión de créditos y gestión crediticia, pero generalmente debe ser mantenida a su vez en reserva por el usuario)<sup>102</sup>.

Pero existe un matiz entre los diversos regímenes organizados bajo la forma de Burós de Información Crediticia: mientras que en algunos casos los mismos reciben la información crediticia directamente de las entidades financieras que la generan (caso de República Dominicana), en otros casos esas entidades financieras la informan al supervisor bancario (Central de Riesgos), y éste es quien la proporciona al Buró (caso de Ecuador). En este último caso, los Burós sólo pueden incorporar información ajena a la proporcionada por la Central de Riesgos, si cuentan con el consentimiento expreso del titular de los datos.<sup>103</sup>

De este somero análisis de derecho comparado, interesa destacar que bajo diversas modalidades, en general se ha venido gestando una apertura o al menos una sistematización y preocupación por la mejor administración de la información crediticia. A su vez, en los diferentes regímenes jurídicos se hacen presentes muchos aspectos problemáticos que plantea la temática de la información crediticia, algunos de los cuales serán analizados más adelante: carácter reservado o no del registro, obligación de guardar secreto profesional por parte del administrador de las respectivas bases de datos, alcance de la divulgación que puede brindar ese administrador de la base de datos, condiciones que se requieren para acceder a las bases de datos, responsabilidad y facultades de difusión que posee el usuario de las bases de datos que recibe la información, los derechos de los titulares de la información (los deudores) en cuanto a la verificación de la veracidad de los datos, realizar correcciones, etc.

### III.3.- Bien jurídico tutelado: secreto vs. "transparencia" o divulgación de la información.-

Veámos en el capítulo II.3 del presente trabajo, que entre los fundamentos del secreto profesional en la actividad bancaria la doctrina ha incluido diversos bienes jurídicos a tutelar. Básicamente pueden sintetizarse en los siguientes: a) la protección de un derecho de carácter individual, esto es, el derecho a la intimidad de la persona como una de las manifestaciones del derecho a la *libertad individual*; b) la necesidad y conveniencia de la reserva para propiciar la confianza del cliente, que es condición para el desarrollo del negocio bancario, tanto por el interés individual del banquero como por el interés general para el crecimiento económico de un país; c) el interés propio del cliente en salvaguardar frente a sus competidores o a terceras personas, la información relevante sobre su persona o negocio.

Pero frente a estas posiciones doctrinarias que podemos considerar más clásicas en defensa del secreto bancario, ha surgido más modernamente la necesidad de dotar al sistema financiero de instrumentos que permitan –como vimos en el capítulo precedente– mejorar la gestión del riesgo crediticio no solamente en el sistema de intermediación financiera, sino también en la actividad comercial en general, brindando a los agentes la disponibilidad de información necesaria para minimizar el riesgo de recuperación de los préstamos otorgados a terceros. Curiosamente, también la defensa de estas modalidades de acceso a la información –que aparecen en primera instancia como contrapuestas al secreto bancario– se han fundado doctrinariamente (al igual que el secreto bancario), en el derecho a la *libertad* del individuo (libertad de información).<sup>104</sup>

101 Llamada "Ley que regula las sociedades de información crediticia y de protección al titular de la información."

102 Como ejemplo puede citarse el art. 4to. num. IV de la Ley de República Dominicana, que dispone: "*todas las personas físicas o morales, las entidades públicas o privadas, debidamente reconocidas como Usuario o Suscriptor de un BIC, que tengan acceso a cualquier información relacionada con el historial de un cliente o Consumidor, de conformidad con esta Ley, deberán guardar la debida reserva sobre dicha información, y en consecuencia, no podrán revelarla a terceras personas, salvo que se trate de autoridad competente. Los funcionarios públicos o privados que con motivo de los cargos que desempeñen tengan acceso a la información de que trata esta Ley, están obligados a guardar la debida reserva, aún cuando cesen en sus funciones.*"

103 Por ejemplo, esta disposición está en el art. 5to. de la Ley no. 13 sobre Burós de Información Crediticia de Ecuador.

104 Siegbert RIPPE expresó al respecto en el Capítulo XIII de su estudio titulado "*Secretos que obstaculizan el acceso a la información comercial, en particular el bancario*", realizado en el marco del "Programa de Servicios de Información comercial para PYMES", que "*Es una conclusión general de la investigación realizada, en definitiva, que el secreto bancario en especial, tal como está actualmente regulado, solo ampara las operaciones bancarias pasivas, que las operaciones bancarias activas no están comprendidas en dicho amparo, que la interpretación y aplicación extensiva de la tutela legal del secreto bancario excede largamente el texto de la normativa del caso, que ello infringe la libertad de comunicación e información e influye negativamente en materia de información comercial y crediticia en perjuicio del desarrollo de las actividades económicas, que tal situación debe corregirse, en principio, a través de nuevas soluciones legales, y ello permitirá por su parte reasegurar el reconocimiento, respeto y funcionamiento de aquella libertad como uno de los valores esenciales de nuestra sociedad...*" (citado en el informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes, en D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 31, los destacados nos pertenecen).

En nuestro país las instituciones de intermediación financiera ya contaban antes de la nueva Ley con este tipo de instrumentos, pues tenían acceso a la información sobre operaciones activas y riesgo crediticio de sus clientes, que ellas mismas comunicaban a la Central de Riesgos Crediticios que lleva el Banco Central del Uruguay. Pero esta disponibilidad de información generaba una desigualdad frente a los otros agentes del llamado “sector real de la economía”, es decir, el sector comercial no bancario, empresas y particulares que no forman parte del elenco de operadores del sistema de intermediación financiera.

La necesidad de mitigar esta asimetría en el acceso a la información sobre operaciones bancarias activas ha sido manifestada en forma constante como un objetivo primario de la nueva Ley en sus antecedentes parlamentarios, tanto por parte de los aportes académicos y técnicos recibidos en la Comisión de Hacienda del Senado, como por los propios legisladores<sup>105</sup>, así como el informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes<sup>106</sup>. En este sentido, RIPPE destacó dos ejemplos concretos que ponían de manifiesto la asimetría existente entonces en materia de información crediticia, ya que las instituciones de intermediación financiera, a diferencia de los proveedores de bienes y servicios, tenían acceso a lo que llamó “información privilegiada” sobre: a) el Registro de cuentas bancarias suspendidas por aplicación de la Ley de Cheques (Decreto-Ley 14.412 de 8.VIII-1975); y b) la Central de Riesgos Crediticios, en la cual puede obrar la información necesaria para conformar una calificación crediticia eventualmente negativa respecto de un potencial deudor.<sup>107</sup> También el Presidente del Banco Central del Uruguay manifestó ante la Comisión de Hacienda del Senado que el proyecto de ley intentaba “progresar en el contenido de transparencia que tiene el funcionamiento de los mercados financieros, que por naturaleza son asimétricos”.<sup>108</sup>

De todas maneras, importa señalar que esta “democratización de la información” no agota el fin perseguido por la nueva Ley, sino que más bien puede considerarse como un medio para el logro de la protección de un bien jurídico de carácter más general, como lo es el la solidez del sistema financiero a través del mejoramiento de la calidad crediticia. En efecto, las facultades de divulgación otorgadas al supervisor bancario, no parecen apuntar simplemente a contemplar la referida igualdad de acceso a la información en aras de la protección del derecho individual a la “igualdad” –que es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (art. 8)-, o el “derecho a la información” de los agentes económicos<sup>109</sup>. La prueba de ello es que el secreto bancario, que aún perdura sobre operaciones pasivas, también implica limitaciones en el acceso a la información que resultan (y siguen resultando) aceptables en aras de la protección de otros bienes jurídicos considerados más relevantes, según ya se ha analizado en el capítulo correspondiente. En realidad, puede considerarse que a través de la divulgación de cierta información financiera se compromete en definitiva la prosecución de un *interés general*, que se encuentra recogido entre las finalidades que la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay le impone (art. 3 de la Ley 16.696 de 30-III-1995): “asegurar el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”, y “promover y mantener la solidez, solvencia y funcionamiento adecuado del sistema financiero nacional” (literales “B” y “D”). Este “interés general” protegido sería en este caso la “causa justificante” del relevamiento del secreto profesional del supervisor, que ha sido evaluado como tal por el propio legislador, lo cual despeja dudas sobre su prevalencia sobre los bienes jurídicos tutelados por el secreto, para el caso de las operaciones activas.

Los técnicos del BCU aludieron expresamente a la referida “finalidad” en su participación en la Comisión de Hacienda del Senado, donde se manifestó que si la información sobre operaciones activas es accesible a más cantidad de gente y al público en general (siempre que exista un interés legítimo de parte del interesado), ello beneficia a toda la economía además del supervisor, porque los deudores del sistema bancario van a estar siendo controlados no sólo por sus acreedores bancarios, sino también por sus acreedores comerciales.<sup>110</sup>

105 En el caso de estos últimos son innumerables las alusiones durante la discusión parlamentaria, de modo que sólo a modo de ejemplo cabe citar al diputado Ivan Posada, para quien la errónea interpretación restrictiva que se hacía en los hechos del art. 25 del DL 15.322, determinó que la información sobre operaciones activas hubiera una “opacidad total, que posteriormente se convirtió en una opacidad a medias, porque en la medida en que se crea la Central de riesgos Crediticios del Banco Central del Uruguay, esa información referida a las operaciones activas es manejada por todas las instituciones de intermediación financiera. Es decir que éstas tienen acceso a saber cuál es la categorización de cada uno de los deudores o grupos económicos a niveles del sistema de intermediación financiera. A todas luces se imponía corregir esta situación, a fin de que esta información pudiera estar accesible para el sector real de la economía, que era el otro elemento sustancial para lograr una gestión de crédito eficiente. Si bien el sector de intermediación financiera conocía y disponía de toda esta información, el sector real de la economía no tenía acceso a ella, cuando resulta vital para lograr una gestión de crédito eficiente” (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª Sesión, 6-IX-2005, pág. 35).

106 Allí se expresa textualmente: “Estamos frente a una asimetría en el acceso a la información. Mientras el sistema de intermediación financiera accede al conocimiento del endeudamiento financiero, los restantes sectores de la economía no acceden a dicho conocimiento.” (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª Sesión, 6-IX-2005, pág. 30).

107 RIPPE, Siegbert, Acta de la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 466 del 30 de setiembre de 2005.

108 Actas de la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 483 del 6-X-2005, pág. 1.

109 En lo que refiere al acceso a la información que sobre sí mismos figura, por ejemplo, en la Central de Riesgos del Banco Central del Uruguay, los agentes económicos ya tenían acceso en virtud de la Ley 17.838 de 24-IX-2004 (llamada Ley de “Habeas Data”).

110 CANTERA, Juan Pedro, Actas de la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido 565 del 29-IX-2005, pág. 2.

Esta consideración sobre la finalidad perseguida por la Ley puede apreciarse aún más claramente si nos remontamos más atrás en el procedimiento de sanción de la misma. Fue el Banco Central quien remitió el proyecto de ley original –que luego sufrió importantes modificaciones- al Poder Ejecutivo, solicitando su presentación ante el Poder Legislativo. En la Resolución del Directorio del Banco Central No. D/288/2005 de 1° de junio de 2005, que es la que dispone la remisión del proyecto al Poder Ejecutivo, se exponen los motivos por los que se entiende conveniente la aprobación de las normas propuestas, entre los cuales ya se adelantaba que proveer de esa información al público “constituye una herramienta fundamental para el logro de las finalidades del Banco Central del Uruguay previstas en el artículo 3° de su carta orgánica, literales B) y D), al promover la disciplina de los agentes que participan del sistema financiero y la aplicación de prácticas sanas por parte de las instituciones, de sus empleados y directores, así como también de los usuarios del sistema (tomadores de créditos, libradores de cheques, etc.).”<sup>111</sup>

También el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes expresa que proveer toda la información posible al público sobre operaciones activas “constituye una herramienta fundamental para el logro de las finalidades del Banco Central del Uruguay, al promover la disciplina de los agentes que participan del sistema financiero y la aplicación de prácticas sanas por parte de las instituciones.”<sup>112</sup>

En definitiva, puede decirse que a través de los principios sobre divulgación de información crediticia incorporados en la Ley 17.948 se procura la tutela de un bien jurídico vinculado también al interés general (igual que en el caso del secreto bancario, según viéramos en el capítulo II.2), como lo es el beneficio para el desarrollo económico que se persigue generando mejores condiciones a todos los sectores de la economía real en el manejo de sus riesgos crediticios. De algún modo es como si el legislador, sustituyendo al profesional, hubiera realizado por sí la evaluación de la “necesidad” que se señala como una de las “justas causas” en el artículo 302 del Código Penal (ver lit. B del cap. II.4.1), considerando que el secreto profesional puede ceder ante la tutela del bien jurídico que se protege mediante la divulgación de cierta información.

Finalmente cabe precisar que de todos modos, en los antecedentes legislativos de la Ley 17.948, se recuerda la necesidad de compatibilizar el principio de transparencia ahora propugnado con las finalidades perseguidas por el secreto bancario, pues este último sigue siendo un pilar necesario para el desarrollo de la actividad bancaria, cuyo alcance podrá discutirse, pero que sigue resultando necesario. En tal sentido, el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes expresa que “No está en tela de juicio el instituto del secreto bancario. Por el contrario, el secreto bancario es fundamental para el fortalecimiento del sistema financiero en tanto estimula la captación de capitales. Pero su alcance sólo debe comprender a las operaciones que refieren a la captación de depósitos y la información generada por ésta.”<sup>113</sup> El Senador ABREU fue aún más allá, advirtiendo que también el uso indiscriminado de la información sobre operaciones activas puede provocar una expulsión de los tomadores de crédito del sistema bancario, hacia otras fuentes informales de crédito, con el consiguiente perjuicio que ello provocaría a la economía en general.<sup>114</sup>

111 Parte resolutive de la referida Res. D/288/2005 (artículo único).

112 Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª. Sesión, pág. 31. En el mismo sentido se pronuncia el diputado Asti, manifestando que “Esa política debe ser la de proveer toda la información al público, porque constituye una herramienta fundamental para el logro de las finalidades del Banco Central del Uruguay al promover la disciplina de los agentes que participan del sistema financiero y la aplicación de prácticas sanas por parte de las instituciones, de sus empleados y directores, así como de los usuarios del sistema, o sea, los tomadores de crédito, libradores de cheques, etcétera.” (D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, pág. 37).

113 D de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, pág. 29.

114 En su intervención, expresa el Senador ABREU en palabras muy ilustrativas: “...me parece muy importante el aporte sobre el bien jurídico tutelado porque, insisto, más allá de compartir la filosofía del proyecto de ley, tenemos que evitar que la norma ingrese en la actividad económica y financiera del país como un elemento desestimulante de la utilización de las instituciones financieras en el sistema uruguayo. Si la persona tiene determinada cantidad de dinero y lo quiere depositar o solicitar crédito pero se ve sujeta a una, digamos, trazabilidad de tal naturaleza que, entre otras cosas, tiene que ver cuál es el límite para proteger su intimidad, la primera reacción natural que va a tener es la de no ingresar al sistema financiero y comenzar a trabajar sobre el sistema de pulperías y de escribanos pidiendo plata prestada. Entonces, respetando la filosofía del proyecto de ley, tenemos que buscar que la información sea transparente para evitar que bajo el secreto bancario se estén amparando determinadas situaciones que están reñidas con la ética y con la sociedad, respecto a los valores que se quieren preservar. Pero por otro lado, debe defender las instituciones y al sistema financiero para que su información no termine desestimulando a los actores a integrarse al mismo” (Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, Distribuido no. 565, 29-IX-2005, pág. 3).

### III.4.- Análisis de algunas cuestiones relativas al alcance de las normas de la Ley 17.948 a la luz de la normativa existente sobre secreto profesional y los principios ya comentados sobre divulgación de información.-

#### III.4.1.- Artículo 1ero. – delimitación del alcance del secreto bancario.-

No analizaremos aquí el instituto del secreto bancario en general, ni las características generales sobre su regulación en el artículo 25 del DL 15.322, puesto que ello excedería el propósito del presente trabajo, y ya ha sido objeto de extensos y calificados análisis doctrinarios, que han intentado dirimir las controversias que generó su aplicación práctica antes de esta nueva Ley aclaratoria (sobre todo en lo que refería a si estaban comprendidas sólo las operaciones pasivas o también las activas)<sup>115</sup>. Sí intentaremos realizar algunas reflexiones sobre los efectos que puede tener respecto de la divulgación sobre operaciones activas, al menos desde un punto de vista teórico, la aclaración sobre su alcance que introduce el artículo 1ero. de la Ley 17.948.

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 1ero. no introduce modificaciones en el contenido del artículo 25 del DL 15.322, sino que ratifica el alcance que la posición mayoritaria<sup>116</sup> había conferido al denominado “secreto bancario”, que incluye solamente:

a) La información sobre operaciones bancarias pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera y toda otra operación en la que éstas asumen la condición de deudores, depositarios, mandatarios o custodios de dinero o de especie respecto de sus clientes.

b) La información confidencial recibida de sus clientes o sobre sus clientes, ya sea en ocasión de celebrar operaciones activas como pasivas.

La sanción de una nueva norma referida al secreto bancario, aunque sólo tuviera como en este caso una intención interpretativa, generaba la inquietud de que, sobre todo a nivel internacional, ello pudiera observarse como un cambio en un tema tan sensible como lo ha sido históricamente el secreto bancario en el Uruguay. Tan es así, que el artículo 1ero. no existía en el proyecto de ley que fuera remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento, y fue incorporado en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes, haciendo caudal de otro proyecto presentado en legislaturas anteriores que no había sido aprobado.<sup>117</sup>

Existió también un extenso debate parlamentario respecto de si los efectos del artículo 1ero. serían “interpretativos”, “declarativos” o “modificativos”<sup>118</sup> del contenido del artículo 25 del DL 15.322, puesto que ello suponía que se confirieran efectos retroactivos o no a la nueva norma, con las consecuencias que ello implicaría sobre las operaciones anteriores a la nueva ley.<sup>119</sup>

Pero la pregunta fundamental a formularse a partir de esta norma (que aclara definitivamente que las operaciones activas están excluidas del secreto bancario), es si las instituciones de intermediación financiera, que

115 Cabe citar como ejemplo, “El secreto bancario en el Uruguay” (Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 con los siguiente panelistas: CREIMER, Israel; ADRIASOLA, Gabriel; CERVINI, Raúl; TARIGO, Enrique, OPERTTI BADAN, Didier), Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Mont. 1995; OLIVERA, Ricardo, “Manual de Derecho Bancario Uruguayo” Tomo I, Ed. IEEM, Mont. 1989, págs. 189 y ss.; RIPPE, Siegbert, “Secreto Bancario” FCU, Mont, octubre de 2005.

116 No cabe extendernos sobre las posiciones existentes antes del dictado de la Ley 17.948 sobre el alcance del art. 25 del DL 15.322, aunque puede destacarse que en la práctica las instituciones de intermediación financiera en general (públicas y privadas) asumieron una posición prudente que incluía las operaciones activas (aquéllas en que el banco es acreedor de su cliente, es decir, los préstamos bancarios en general) en el secreto bancario regulado por el citado art. 25. El Plenario de Abogados de la Asociación de Bancos del Uruguay se pronunció expresamente en el año 1982 en este sentido, considerando las operaciones activas comprendidas en el concepto de “informaciones confidenciales” del artículo 25 del DL 15.322 (en pronunciamiento citado por OLIVERA, Ricardo, en “Manual de Derecho Bancario...” cit., pág. 197). Desde el punto de vista doctrinario, esta posición era minoritaria (cabe citar como ejemplo la posición sustentada por CERVINI, Raúl, en “Alcances del secreto bancario en el Uruguay”, en “Secreto Bancario en el Uruguay” cit., AAVV, pág. 44 y 45). Dentro de la posición mayoritaria en la doctrina, que consideraba excluidas del secreto bancario del art. 25 del DL 15.322 a las operaciones bancarias activas, cabe destacar la de OLIVERA GARCIA (“Manual de Derecho Bancario...” cit., pág. 198) y GAMARRA, Jorge Luis (en LJU, T. 119, pág. 83), entre muchos otros. La Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay se había pronunciado en varias oportunidades sosteniendo que las operaciones activas estaban excluidas del secreto bancario previsto en el DL 15.322 (entre otros Dictámenes, el No. 279 de 19 de abril de 2001 desarrolla extensamente esta posición).

117 Ver en tal sentido, el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes, en D. de S. de la C. de R., 48va. Sesión, pág. 28 y ss. La incorporación se realizó a instancias del diputado Iván POSADA, quien había sido precursor del anterior proyecto que no prosperó.

118 ADRIASOLA se pronuncia sobre este aspecto considerando que el artículo 1ero. de la Ley 17.948 no es una norma interpretativa sino modificativa, que rige hacia el futuro exclusivamente (“La Ley 17.948 sobre Secreto Bancario: ¿Pueden.....” cit., pág. 17).

119 En este sentido se pronuncia el Dr. ARTECONA, abogado asesor del Banco Central del Uruguay, en su comparecencia ante la Comisión de Hacienda del Senado. Se estaba discutiendo entonces un texto del artículo 1ero. que comenzaba, a diferencia del que finalmente fue sancionado, enunciado: “Declaráse por vía interpretativa que el secreto bancario.....”. ARTECONA puntualizó que ese carácter interpretativo implicaba que “el secreto bancario no se modifica”, es decir, no es una norma innovadora respecto del texto del artículo 25 ya existente, pero ello no debería entenderse como cuestionador de la responsabilidad de las instituciones de intermediación financiera que habían venido otorgando una interpretación diversa de dicho artículo 25, es decir, considerando a las operaciones activas como incluidas en el secreto bancario.

son quienes detentan originariamente la información sobre operaciones activas de sus clientes (es decir, los préstamos que otorgan), se encuentran habilitadas entonces para revelar libremente dicha información, y en tal caso en qué condiciones (si pueden hacerlo al público en general, sólo a ciertas personas y en tal caso a cuáles, por qué medios, etc.).

ADRIASOLA<sup>120</sup> aborda el estudio de esta cuestión, arribando a la conclusión de que tal revelación por parte de los bancos no es posible, fundamentalmente apelando al argumento de que la propia Ley 17.948, en los artículos siguientes (fundamentalmente el artículo 2, 3 y 4), centraliza en manos del Banco Central del Uruguay la divulgación de información sobre estas operaciones activas. Es decir, que la ley no confiere a los bancos la potestad de brindar directamente la información sobre operaciones activas al público que se presente a requerirlas, sino que establece un procedimiento para que los interesados se presenten ante el Banco Central del Uruguay (art. 2do.), o que éste decida divulgar públicamente dicha información (art. 3). Cita en tal sentido a RIPPE, quien manifiesta que la ley apunta a que sea el Banco Central del Uruguay, y no la institución de intermediación financieras, el que tenga o tome la decisión administrativa de difundir información sobre operaciones bancarias activas.<sup>121</sup>

Coincidimos parcialmente con la conclusión de ADRIASOLA (en cuanto a que la limitación del secreto bancario a las operaciones pasivas no implica *per se* que los bancos puedan divulgar libremente la información sobre operaciones activas), pero entendemos que en respaldo de la misma, y más allá del contenido concreto de la Ley 17.948, debe invocarse el propio alcance del *secreto profesional* que obliga a las instituciones de intermediación financiera *aún en aquellos casos en que se trata de información no amparada por el secreto bancario previsto en el art 25 del DL 15.322*.

En efecto, aún antes de la sanción de la Ley 17.948, se discutía si las operaciones activas, en caso de no estar comprendidas en el “secreto bancario” del artículo 25 del DL 15.322, estaban igualmente comprendidas en el “secreto profesional” que se impone a los bancos en virtud del art. 302 del Código Penal, por tratarse de todos modos, de información que dichas instituciones poseen en virtud de la actividad profesional que desempeñan. Esta es la interpretación que realizaba el Banco Central del Uruguay<sup>122</sup>.

ADRIASOLA rechaza esta posición, sosteniendo que de acuerdo a esa tesis, se establecía una suerte de “blindaje” absoluto a las operaciones activas, estableciendo a su respecto una protección mayor que sobre las operaciones pasivas. Ello sería así –sostiene el autor– porque el secreto bancario (art. 25 del DL15.322) prevé al menos dos situaciones en que el mismo puede ser levantado por mandato judicial (además del consentimiento del interesado), mientras que ello no se daría respecto del secreto profesional.

Nos permitimos discrepar con esta posición, pues a nuestro entender no contempla el verdadero alcance y las causas justificantes de relevamiento del “secreto profesional”, que se han analizado extensamente en el capítulo II del presente trabajo. Trataremos de aclarar esta cuestión.

La diferencia entre el régimen jurídico que impone nuestro país al secreto bancario respecto del secreto profesional, puede resumirse, a los efectos que nos interesan, en la siguiente:

a) El llamado “secreto bancario”, establecido en el artículo 25 del DL 15.322, es un régimen de carácter rígido que aplica el secreto profesional a determinada información que poseen los bancos (sobre operaciones pasivas e información confidencial recibida de sus clientes), y admite, en forma **taxativa**, solamente 3 causales de revelación: la autorización expresa y por escrito del interesado, resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria; sin perjuicio de cierta flexibilización que la Ley 18.083 de 27-XII-2006 introdujo a este régimen en materia tributaria.<sup>123</sup> Apreciado desde el punto de vista de la pena impuesta por su violación, se trata de un instituto que goza de una protección mayor que el secreto profesional, pues su transgresión se castiga con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

b) Por otro lado, el “secreto profesional”, instituto aplicable genéricamente a todas las profesiones (incluida la bancaria), se encuentra establecido en el artículo 302 del Código Penal, y específicamente para el Banco Central

120 ADRIASOLA, op. cit., pág. 18.

121 Cita de declaraciones del Dr. RIPPE que obran los antecedentes parlamentarios publicados en la página web del Poder Legislativo ([www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy)), en ADRIASOLA, “La Ley .....” cit., pág. 18.

122 Relatando esta posición del BCU, expresó el Dr. ARTECONA ante la Comisión de Hacienda del Senado, que si bien las operaciones activas no están incluidas en el art. 25 del Decreto-Ley 15.322, las mismas no pueden ser divulgadas libremente, “...no porque existan las restricciones impuestas por el artículo 25, sino porque hay una obligación genérica de secreto profesional derivada del artículo 302 del Código Penal que, por un lado, vincula a los bancos respecto de sus clientes...” (Acta Com. Hac. del Senado, Distribuido No. 565, pág. 1.

123 Como ya hemos visto, la Ley de Reforma Tributaria (No. 18.083 de 27-XII-2007), incorporó una serie de normas en sus artículos 53, 54, 55 y 56, dirigidas a flexibilizar el acceso de la Administración Tributaria a la información sobre contribuyentes protegida por el secreto bancario establecido en el art. 25 del D.L. 15.322. Ya hemos mencionado brevemente el contenido de estas reformas en la nota al pie No. 10, por lo que basta recordar que refieren al alcance de los acuerdos voluntarios con el contribuyente para levantar el secreto bancario, la resolución judicial que dispone dicho levantamiento, la inoponibilidad del secreto por parte de las instituciones de intermediación financiera frente a la Administración Tributaria, y un procedimiento para la traba de una suerte de “embargo genérico sobre cuentas bancarias” en los juicios ejecutivos tributarios o medidas cautelares de esta índole.

del Uruguay también en los artículos 22 y 23 de su Carta Orgánica.<sup>124</sup> Es un régimen más flexible que el secreto bancario, puesto que el Código Penal no establece en forma taxativa las causales de revelación, sino que establece genéricamente que éste podrá ser relevado por “**justa causa**”: ello implica que las “justas causas” habilitantes de la revelación del secreto profesional no se agotan en las hipótesis previstas en el art. 25 del DL 15.322 y su verificación podrá ser evaluada por el “depositario” del secreto. La sanción penal que se impone por su violación, a su vez, es más benévola que en el caso del secreto bancario, y consiste en una multa de 100 a 600 Unidades Reajustables.<sup>125</sup>

Con estas precisiones puede apreciarse claramente que el “secreto profesional” no constituye un régimen más rígido sino más flexible que el secreto bancario, y por tanto sostener que las operaciones activas se encuentran de todos modos amparadas por el mismo no les confiere un estatuto más restringido sino más liberal (en cuanto a la divulgación de información por parte de los bancos) que el de las operaciones pasivas.

En este sentido ya se había pronunciado la Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay en el año 2001<sup>126</sup>, y se vuelven a pronunciar claramente los técnicos de dicha Institución en los antecedentes legislativos de la Ley 17.948, manifestando que “*en el tema específico de las operaciones activas no hay un problema específico del artículo 25 de la Ley No. 15.322 sino un tema más genérico referido al alcance del secreto profesional, cuyos límites son mucho más flexibles. Mientras que el artículo 25 encorseta la posibilidad de divulgar información a determinadas causales taxativamente enumeradas por la norma, el artículo 302 del Código Penal, que es la disposición en la cual genéricamente tiene base el secreto profesional, tiene límites mucho más flexibles en tanto releva del secreto por justa causa.*”<sup>127</sup> También RIPPE en su intervención alude a esta diferencia entre el secreto bancario y el profesional que hace más flexible a éste respecto de aquél.<sup>128</sup>

Razonando por el absurdo, no parece sensato sostener que los bancos, por no tener a sus operaciones activas amparadas por el secreto bancario del artículo 25 del DL 15.322, fueran absolutamente libres de divulgar indiscriminadamente la información sobre las mismas. Ello colocaría –curiosamente– a la actividad bancaria en una situación de mucho menor reserva que la actividad de cualquier otro profesional (como por ejemplo, las otras actividades comerciales, los médicos, escribanos, etc.).

Las instituciones de intermediación financiera están comprendidas, como las demás entidades y personas que desempeñan una actividad en forma profesional, en la obligación genérica de guardar secreto profesional que les impone el art. 302 del Código Penal. Las operaciones activas, que según hemos visto, están fuera del ámbito de aplicación del secreto bancario, sí están alcanzadas por el referido secreto profesional.<sup>129</sup> En consecuencia, se aplica la

124 Ley 16.696 de 30-III-1995.

125 La pena de multa expresada en UR fue establecida por el art. 216 de la Ley 15.903 de 10-IX-1987.

126 En Dictamen No. 279 de 19-IV-2001 expresó dicha Sala de Abogados: “*a diferencia del caso de las operaciones pasivas y de las informaciones confidenciales, las “justas causas” habilitantes de la revelación de la información no se agotan, en el caso de operaciones activas, en las hipótesis previstas en el art. 25 del Decreto Ley 15.322.*”.

127 Intervención del Dr. ARTECONA en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, Acta en el Distribuido No. 565 de 13-X-2005, pág. 2.

128 Resulta muy ilustrativa la transcripción de la alocución del Dr. RIPPE, quien expresaba al respecto: “*Nadie ha pretendido desaplicar el artículo 302 del Código Penal en materia de reserva de información. Digo esto porque dicho artículo tutela el secreto profesional en su sentido más amplio y la diferencia fundamental es entre el secreto bancario y el profesional. De alguna manera, el secreto bancario deriva o es una variante sustantiva del secreto en términos generales ya que la única forma de levantar el secreto bancario es ante la justicia penal, ante la justicia de familia en temas vinculados con pensiones alimenticias o en caso de que hubiera un consentimiento por parte de aquel que resulta tutelado por dicho secreto. En materia de secreto profesional, las diferencias sustantivas, a mi juicio, radican en que dicho secreto puede ser levantado por cualquier juez, pues no se necesita que sea un juez penal, como en el secreto bancario, o un juez de familia como en el caso de las pensiones alimentarias. En este caso, podría ser relevado por cualquier juez, incluso civil, siempre con razones fundadas y en el marco de un determinado proceso con todas las garantías del debido proceso legal. Además, el secreto profesional puede ser relevado por justa causa, elemento que no encontramos en el secreto bancario. Por tanto, se podrá valorar si una persona, que tiene reserva derivada de una información de un tercero, tiene o no justa causa para levantar el secreto profesional. Entonces, esto queda un poco a criterio del depositario de la información y de un tercero, como puede ser un juez, lo cual sucede en la práctica corriente. Debido a mi experiencia profesional del caso –no la académica– puedo decir que esto sucede con el secreto profesional bursátil, donde puede invocarse el artículo 302, pero luego un juez civil puede decir que por tales razones lo releva de secreto profesional, por lo tanto, quien está en el ámbito bursátil tiene una causa justificada para poder relevar el secreto.*” (Com. de Hac. de la Cam. de Sen., Acta en Distribuido No. 466 de 29-IX-2005, pág. 2, los destacados nos pertenecen).

129 OLIVERA GARCIA sostiene al respecto que si bien los créditos otorgados por la entidad bancaria a sus clientes (operaciones activas) no están comprendidas en el secreto bancario previsto en el artículo 25 del DL 15.322, dichos créditos de todos modos se hallan “*amparados por el secreto de fuente convencional, emergente de los usos bancarios*” coexistiendo dicha obligación emanada de los usos bancarios con la obligación legal de guardar secreto bancario sobre las operaciones pasivas. Afirma el autor que debe descartarse la posición que sostuvo la posibilidad de que las instituciones de intermediación financiera divulguen libremente la información sobre las operaciones activas que celebren por no haber quedado éstas incluidas en el secreto bancario del DL 15.322 (Consejero de Estado Ing. Praderi), puesto que ello implicaría desconocer “*el complejo de relaciones jurídicas que se traban entre el cliente y la entidad financiera con motivo de la contratación. Si en el régimen vigente con anterioridad al decreto-Ley No. 15.322 la obligación de guardar secreto bancario –con alcance a todas las operaciones celebradas entre la entidad bancaria y el cliente– tenía su fuente en un uso bancario, incorporado tácitamente a los contratos entre las partes, carece de sentido afirmar que la sanción de un régimen especial, que penaliza con singular gravedad la violación del secreto sobre algunas operaciones e informaciones en particular, determina la desaparición del uso bancario que impone, con un contenido más amplio, la obligación de guardar secreto.*” (“Manual.....” cit, pág. 192). En el mismo puede citarse la posición de SUPERVIELLE (“*El Depósito Bancario*” cit, pág. 199), para quien, antes de la vigencia del Decreto-Ley 15.322 que consagra el secreto bancario para las operaciones pasivas, tanto las operaciones pasivas como las activas se encontraban protegidas por el secreto profesional, en virtud del art. 302 del Código Penal, que cubría “*todas las relaciones del banquero con el cliente, desde el período precontractual hasta la etapa posterior a la terminación y cesación de todo vínculo jurídico*”. Particularmente en relación a las operaciones activas, sostiene SUPERVIELLE que su revelación puede ser perjudicial para el cliente, puesto que permite a la competencia conocer “*su verdadera composición patrimonial, así como los informes que hace llegar confidencialmente a un gerente para explicar su verdadera situación económica y financiera*”.



regulación general del secreto profesional, esto es, que dichas operaciones podrán ser reveladas siempre que medie una “justa causa”, que no se restringe a las enumeradas taxativamente en el art. 25 del DL 15.322, sino que, por ejemplo, podrá tratarse de una orden escrita y fundada de un juez aún ajeno a la materia penal o competente en materia de pensión alimenticia. En lo que refiere al concepto de “justa causa”, cabe remitirnos al análisis ya realizado en el capítulo II.4 del presente trabajo al analizar el secreto profesional. Y como hemos visto en el capítulo II.4.2, es la propia institución bancaria, esto es, el “profesional” que posee la información, a quien corresponde evaluar la existencia de una justa causa que le releve de guardar secreto sobre las operaciones activas.

En definitiva, y por las razones expresadas, concluimos que ni el artículo 1ero. de la Ley 17.948, ni tampoco sus restantes artículos, modifican la posición que las instituciones de intermediación financieras tenían antes de la sanción de dicha Ley en relación a las facultades para revelar por sí mismas información sobre las operaciones activas de sus clientes. Ello significa que la obligación y/o facultades de divulgación que se confieren al Banco Central del Uruguay en los artículos 2 y 3 de la ley, no alteran la situación de los bancos en relación a la información que pueden brindar en forma directa sobre operaciones activas: las mismas se mantienen excluidas del secreto bancario, y están amparadas en el secreto profesional, por lo que podrán ser reveladas si se configurara una “justa causa” para ello.

Se dirá que el particular que necesite recabar dicha información cuenta ahora con un instrumento mucho más eficaz en el artículo 2do. de la Ley, que es requerirla directamente al Banco Central del Uruguay antes que intentar configurar una “justa causa” para solicitarla ante la institución bancaria, pero ello no invalida los aspectos jurídicos señalados, que en todo caso podrán tener relevancia a la hora de que una institución de intermediación financiera reciba directamente un requerimiento judicial o extrajudicial de información sobre operaciones activas. Ello significa que si una institución de intermediación financiera recibe, por ejemplo, un requerimiento judicial solicitando información sobre operaciones activas, no podrá excusarse en la Ley 17.948 para no dar cumplimiento a la orden judicial: deberá evaluar si considera a esa orden judicial como una “justa causa” para revelar la información, y en tal caso brindar la información, o explicitar al juez las razones por las que no entiende configurada la justa causa.

Debe tenerse en cuenta, además, que cuando la información es requerida al Banco Central del Uruguay en el marco del artículo 2 de la Ley 17.948, éste también deberá realizar una evaluación previa, en este caso para determinar si se han cumplido los presupuestos que la norma exige para brindar la información (entre los que se encuentra la legitimación del requirente), según se analizará en forma inmediata.

### III.4.2.- Artículo 2do. – “derecho a la información”

#### A.- Alcance de la norma.-

Esta norma ha sido caracterizada como consagratoria del “derecho a la información” (en consonancia con el llamado “derecho a la divulgación” establecido en el artículo 3ero.)<sup>130</sup>, a la luz de los bienes jurídicos cuya tutela se persigue a través de las normas sobre transparencia en la información contenidas en la Ley 17.948. Pero como habíamos adelantado en el capítulo correspondiente al análisis del bien jurídico tutelado (ut supra, cap. III.3), la transparencia en la información parece ser más que un fin en sí mismo, un medio para lograr la tutela de un interés de carácter general, como lo es el desarrollo de la economía a través de una mejora en la gestión del crédito. Así, el foco de atención parece desviarse de la protección del derecho individual a la información (el que en todo caso también es dejado a un lado por el instituto del “secreto bancario” cuya existencia y conveniencia no se cuestiona), para desplazarse hacia el logro de una gestión más eficiente del riesgo crediticio por parte de las entidades comerciales no bancarias, en beneficio del desarrollo económico en general.<sup>131</sup>

130 Cfm. RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, según expresiones utilizadas al analizar ambos artículos ante la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 466 de 30-IX-2005, pág. 1.

131 Si bien ya hemos analizado el tema del los bienes jurídicos tutelados mediante la nueva Ley, cabe agregar la alusión expresa y clara efectuada al mismo en el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes: “Para que los siempre escasos recursos que el mercado de crédito en su globalidad (sectores financiero y no financiero) se utilicen eficiente y eficazmente en beneficio de las actividades productivas, y consecuentemente, de toda la economía, es fundamental la existencia de transparencia de la información con relación a préstamos, créditos, hipotecas, prendas, avales o garantías u otras obligaciones, convenidas entre éstos y las empresas que realizan intermediación financiera. La transparencia es pues vital para el desarrollo económico en tanto la información es fundamental para las decisiones del sector financiero, pero también lo es para el sector no financiero, por cuanto ayuda a darle un mejor destino a los recursos disponibles en la economía. Si esto es fundamental para una economía en crecimiento, se torna en una cuestión vital para una economía que ha soportado cuatro años de recesión. El crédito es una herramienta fundamental para el crecimiento de la economía, por tanto, el conocimiento de quienes han accedido al mismo y en qué condiciones, afectando qué bienes, etc., constituye información relevante para el conjunto de la economía, pero en especial para el sector real de ésta. Lo es para quienes producen bienes, para quienes los comercializan o para quienes realizan actividades prestadoras de servicios. Una asignación eficiente de los recursos de crédito disponible en una economía sólo es posible si todos los agentes tienen acceso a la información relativa al endeudamiento de sus clientes con el sistema de intermediación financiera. Ello permite evaluar con mayores elementos de juicio el riesgo de crédito que deben asumir los diversos agentes económicos del sector no financiero.” D. de S. de la C. de R., 48º. Sesión, 6-IX-2005.

En virtud de que el artículo primero de la ley no hacía más que aclarar el contenido de la Ley ya existente sobre el secreto bancario (art. 25 del DL 15.322), podemos decir que los artículos 2 y 3 de la Ley 17.948 contienen la verdadera innovación que introduce la norma: la posibilidad de que el Banco Central del Uruguay pueda revelar información –sobre operaciones activas– que hasta el momento le estaba vedado divulgar en virtud del *secreto profesional* (no el secreto bancario) que amparaba dicha información, obtenida en y para el ejercicio de sus cometidos de control sobre el sistema financiero.<sup>132</sup>

En cuanto a qué tipo de información puede solicitarse en el marco de este artículo, la norma, en consonancia con la exclusión del secreto bancario de las operaciones bancarias activas a que refiere el artículo primero, comprende:

a) operaciones bancarias activas de personas físicas o jurídicas que operen con instituciones de intermediación financiera, excluyendo la información confidencial recibida de sus clientes o sobre sus clientes en ocasión de celebrarse esas operaciones bancarias activas.

b) Información concerniente a la categorización o rango de riesgo crediticio asignado que conste en la Central de Riesgos Crediticios que lleva actualmente el Banco Central del Uruguay.

Una primera aclaración que debe hacerse sobre el alcance de esta norma: refiere a la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas soliciten información relativa a *otras* personas físicas o jurídicas (o el conjunto económico que integren), es decir, sobre *terceros* y no sobre sí mismos. Ello obedece no sólo a que la redacción del artículo 2do. así lo sugiere, sino también a que la posibilidad de solicitar información sobre sí mismos en las diversas bases de datos, es un derecho ya consagrado en la llamada Ley de Habeas Data (Ley 18.838 de 24-IX-2004). Esta posibilidad de solicitar información sobre sí mismos –que puede ser ejercida respecto de la información obrante en la Central de Riesgos a cargo del BCU– también contempla la posibilidad de contar con los medios procedimentales para corregir la información que pudiere contener errores o causar de un modo u otro un perjuicio ilegítimo a su titular.

En segundo lugar, cabe recordar que la amplitud del ámbito subjetivo de los posibles solicitantes de información (“*cualquier persona física o jurídica*”) viene a cumplir precisamente uno de los objetivos fundamentales de la ley, cual es –según vimos en el capítulo sobre el bien jurídico tutelado (supra, num. III.3)– “democratizar la información”, esto es, eliminar la asimetría preexistente en el acceso a la información sobre operaciones activas de la Central de Riesgos del Banco Central. Hasta el momento dicha información sólo era accesible para las instituciones de intermediación financiera (que eran quienes la proporcionaban al BCU), mientras que a partir de la ley los restantes agentes económicos (personas físicas y jurídicas) pueden solicitarla.

Una tercera cuestión que se plantea en relación a este artículo, es si la “centralización” en el Banco Central del Uruguay del flujo de información sobre operaciones activas que parece consagrarse en forma excluyente (la norma dice en su segunda parte que “*Dicha información deberá ser solicitada al BCU*”), impide que los particulares se presenten ante las propias instituciones de intermediación financiera a solicitar la información.

Por los fundamentos que venimos de exponer en el capítulo anterior, entendemos, por un lado, que esta norma no impide en términos absolutos que los bancos sean requeridos directamente de información sobre operaciones activas, pero, al igual que sucedía antes de la sanción de la Ley 17.948, ese pedido de información no se registrará por el artículo 2do. que ahora analizamos, sino por las normas generales sobre secreto profesional que continúan amparando a las operaciones activas de los bancos, o al decir de OLIVERA GARCIA<sup>133</sup>, los “usos y costumbres” que imponen la reserva como obligación tácitamente incorporada a los contratos entre el banco y su cliente. Esto significa que los bancos podrán responder a tales solicitudes solamente si consideran que existe una “justa causa” para la revelación, y no se encuentran obligados a proporcionarla, como sí sucede –según veremos en seguida– con el Banco Central del Uruguay en caso de que la solicitud se presente ante dicha institución en el marco del artículo 2do. de la Ley 17.948.

En cuarto lugar, cabe determinar si el Banco Central del Uruguay, una vez que una persona física o jurídica se presenta en el marco de este artículo a requerir la información allí prevista, cuenta con algún grado de discrecionalidad para responder negativamente al pedido, o bien se encuentra obligado en todos los casos a proporcionar la información.

132 Expresa al respecto el Dr. ARTECONA, Abogado Asesor del BCU, ante la Comisión de Hacienda del Senado, que “...en nuestra opinión, este proyecto de ley, por un lado, no es innovador en el sentido de que el secreto bancario consagrado en el artículo 25 del decreto-ley No. 15.322 el Banco Central siempre entendió que no comprendía información sobre operaciones activas. Sin embargo, sí contiene una *innovación fundamental* como lo es la posibilidad de la *divulgación al público* de la información sobre las operaciones activas. Si bien, reitero, no está comprendida en el artículo 25, nosotros entendíamos que esa información *no era libremente divulgable*, salvo que, de acuerdo al artículo 302 del Código Penal, mediara una *justa causa*. Entonces, en este aspecto es que el proyecto de ley abre el espectro de acción, permitiendo al público en general acceder a una información que, a nuestro juicio, entendíamos que actualmente estaba restringida, dado el alcance del *secreto profesional*.” (Distribuido No. 565 del 29-XI-2005, pág. 1, los destacados nos pertenecen).

133 “Manual de Derecho Bancario...” cit., pág. 198.

Si bien es cierto que la redacción del artículo en su inicio no es del todo feliz a los efectos de dilucidar esta cuestión, pues comienza estableciendo que toda persona física o jurídica “podrá solicitar” la información; la respuesta se encuentra en la segunda frase del inciso primero, en cuanto expresa que el BCU “deberá informar sobre las solicitudes en el plazo de 20 días”. La conjugación del verbo en imperativo, en clara contraposición al giro utilizado en el artículo 3ero., en el que se establece que el BCU “está facultado” para realizar determinadas divulgaciones de información, parecen indicar en forma concluyente que no existe discrecionalidad del BCU para proporcionar la información, pues una vez que ésta es solicitada cumpliendo los términos del artículo 2do., el BCU no podrá negar la misma.

Esta es, por otra parte, la intención que surge claramente de los antecedentes parlamentarios de la ley, puesto que uno de los pilares fundamentales del proyecto, como ya hemos comentado, fue precisamente el logro de la “igualdad” en el acceso a la información sobre operaciones bancarias activas, salvando las diferencias o “discriminación”<sup>134</sup> existentes hasta entonces entre las instituciones de intermediación financiera, y el resto de los “agentes de la economía real”<sup>135</sup>. En términos muy ilustrativos se pronunciaron varios legisladores, entre ellos el senador BRAUSE, al señalar que el principal propósito de la ley fue “democratizar la información”.<sup>136</sup> También existen varias referencias concretas a que el artículo 2do. de la Ley establece una *obligación* para el Banco Central del Uruguay, el que deberá contestar los requerimientos existentes, pues de lo contrario se desvirtuaría uno de los principales objetivos de la ley que la “transparencia del crédito, esto es, que “quien otorgue un crédito tenga la seguridad de saber a quién se lo está dando”.<sup>137</sup>

Pero ello no significa que no deba existir, en todo caso, una resolución expresa o tácita del Banco Central del Uruguay mediante la cual se disponga proporcionar la información a quien la solicita, puesto que al menos deberá controlar que se verifiquen los presupuestos previstos en el art. 2do. de la Ley para que tal información sea otorgada al solicitante. Así lo expresó RIPPE en su intervención ante la Comisión de Hacienda del Senado, señalando que el BCU será quien *tome la decisión administrativa* de difundir información sobre operaciones bancarias activas.<sup>138</sup> Ello nos lleva necesariamente a analizar en los dos capítulos siguientes las limitaciones que sí pueden existir en torno a la solicitud de información en el marco del art. 2do. de la Ley.

## B.- legitimación activa del peticionante – interés legítimo.-

Si bien la fórmula utilizada por la norma se presenta en principio como muy amplia (“toda persona física o jurídica podrá solicitar...”), veremos que esa legitimación puede tener algunos requerimientos impuestos por la propia norma, o en todo caso así se ha sido interpretado en sus antecedentes parlamentarios.

Una primera cuestión que se plantea, ya que la solicitud se presenta ante el Banco Central del Uruguay, esto es, ante un órgano administrativo, es si por el sólo hecho de tratarse de una petición administrativa la misma debe ser interpuesta por el titular de un interés legítimo. La respuesta a esta interrogante es negativa, puesto que la Constitución consagra en su artículo 30 el derecho de petición a “todo habitante” y no solamente a quienes

134 Según término usado por el Dr. RIPPE (Acta de la C. de H. de la C. de S., Distribuido No. 466, pág. 3).

135 Nos remitimos sobre el punto a las múltiples citas realizadas en oportunidad de analizar en el capítulo III.3 el bien jurídico protegido, entre las que cabe destacar las alusiones del Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes a la importancia fundamental de la información sobre créditos para las decisiones del sector no financiero, es decir, lograr una “asignación eficiente de los recursos de crédito disponible” a través del acceso de todos los agentes a la información relativa al endeudamiento de sus clientes con el sistema de intermediación financiera, pues permitirá evaluar con mayores elementos de juicio el riesgo de crédito que deben asumir los diversos agentes económicos del sector no financiero, y la transparencia como elemento vital para el desarrollo económico (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª. Sesión, pág. 29).

136 Expresó textualmente el Senador BRAUSE: “En definitiva, el principal propósito que se persigue y que se ha dicho aquí, que es democratizar la información y poner a los agentes económicos en un plano de igualdad con las instituciones financieras...”; y en el mismo sentido el Senador MICHELINI señalando como objetivo de la ley la “democratización de la información” (ambos en Acta de la C. de H. de la C. de S., Distribuido No. 466 de 30-IX-2005, págs. 7 y 8).

137 Expresó en tal sentido el diputado PEREZ GONZALEZ que el artículo 2do. “establece la posibilidad de acceso a la información, que es lo fundamental y lo que estábamos solicitando. Por primera vez tendremos posibilidades de transparentar el crédito, porque hay que tener claro que el objetivo fundamental de esta ley es que aquellos proveedores o aquellas empresas que hasta hoy no tenían posibilidades de acceder a la información para operar en el mercado de crédito, a partir de este momento lo puedan hacer. No es solamente tener la información para atrás; es también hacer posible que quienes vayan a operar económicamente, en el futuro accedan al crédito, y que quien otorgue el crédito tenga la seguridad de saber a quién se lo está dando.”... esa información “ahora también será accesible para los operadores económicos que actúan como proveedores o pequeñas empresas, los que muchas veces otorgan crédito sin poder acceder a esa información. Ahora, de acuerdo con las normas que establece este proyecto de ley, el Banco Central tendrá la obligación de proporcionarla” (D. de S. de la C. de R., 4ta. Sesión extraordinaria, 27-XII-2005).

138 RIPPE, Siegbert, citado por ADRIASOLA en “La Ley 17.948...” cit., pág. 18; extraído del sitio web [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy): “Este proyecto de ley apunta a que sea el Banco Central del Uruguay, y no la institución de intermediación financiera, el que tenga o tome la decisión administrativa de difundir información sobre operaciones bancarias activas” (destacado nuestro).

posean un “interés legítimo” (lo que ha sido calificado por la doctrina como “petición simple”<sup>139</sup>). La titularidad de un interés legítimo por parte del peticionante tiene relevancia en la Carta Magna desde el punto de vista de la respuesta a dicha petición, pues determina que, por mandato del artículo 318 de la Constitución, el peticionante tenga “derecho” a un pronunciamiento por parte de la Administración.<sup>140</sup> Pero ello no implica que toda petición administrativa deba ser formulada por el titular de un interés legítimo, ni inhibe a que el legislador pueda también establecer la obligación de la Administración de pronunciarse aún en caso de peticiones formuladas por los titulares de un interés simple, no existiría en ello una contradicción con el texto constitucional.

De modo que, en resumen, por el sólo hecho de tratarse de una petición administrativa y porque la Administración esté obligada a pronunciarse, no es dable exigir que el peticionante sea titular de un interés legítimo, ya que la norma legal puede establecer otro tipo de exigencia, de mayor o menor grado, puesto que la Constitución no rechaza esa posibilidad. Veamos entonces qué dice concretamente al respecto el legislador en el art. 2do. de la Ley 17.838.

Dice el artículo 2do. que la persona –física o jurídica- podrá realizar la solicitud “*en mérito a lo previsto por el artículo 8vo. de la Ley No. 17.838 de 24 de setiembre de 2004*”, por cuanto se impone determinar cuál fue la intención de esta remisión legal. Como es sabido, la Ley 17.838 es llamada “Ley de Habeas Data” y refiere a la “protección de datos personales de informes comerciales”.

Si bien el artículo 8vo. que es objeto de la remisión no establece en forma expresa que se exija un “interés legítimo” para acceder a los datos personales de terceros, ello fue interpretado de esta manera por los legisladores durante la discusión parlamentaria de la ley, quienes consideraron entonces que esta remisión determinaba la exigencia de que la persona física o jurídica que se presente ante el Banco Central del Uruguay a solicitar información en el marco del artículo 2do. de la Ley 17.948 sobre operaciones activas de un tercero posea un “interés legítimo” para ello.

La remisión no existía en el Proyecto enviado al Parlamento por el Poder Ejecutivo<sup>141</sup>, y fue incorporada en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes.<sup>142</sup> Interesa destacar que en el informe de dicha Comisión, se justifica su inclusión, expresándose textualmente al respecto que “*El artículo 2do. establece el derecho que toda persona física o jurídica tiene de acceder a la información consolidada de los deudores del sistema de intermediación financiera que consta en el Banco Central del Uruguay bastando para ello que exista un interés legítimo. Ese interés legítimo está caracterizado en el artículo 8º de la Ley No. 17.838, conocida como Ley de Habeas Data...*”<sup>143</sup> (el destacado nos pertenece).

La Dra. RODRÍGUEZ MASCARDI transmitió oportunamente ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores la inquietud del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad de la República acerca de la necesidad de exigir un interés legítimo de parte del solicitante, de modo que el Banco Central del Uruguay no esté obligado a brindar la información a cualquier persona, sino sólo a quien esté legitimado para realizar la solicitud.<sup>144</sup> Por su parte, RIPPE manifestó ante la misma Comisión, que es razonable pensar que el Banco Central del Uruguay será prudente y cuidadoso “*respecto de quién está legitimado*” para obtener la información, y que para realizar dicho análisis el BCU tendrá que saber “*cuáles son los motivos o las razones*” que llevaron al solicitante a requerir dicha información.<sup>145</sup> También ADRIASOLA ha considerado al analizar la Ley 17.948, que de sus

139 CAJARVILLE, Juan Pablo, manifiesta que la llamada “petición simple” es la “*formulada por cualquier habitante no titular de un derecho o de un interés legítimo que funde su petitorio, que no conducirá necesariamente a una decisión de la Administración*” (“Recursos Administrativos” FCU, 3era. Edición, Mont., 2000, pág. 65).

140 Respecto de estas peticiones, expresa CAJARVILLE que es “*la petición formulada por el titular de un derecho o de un interés legítimo, sobre la cual necesariamente ha de recaer una decisión administrativa (Constitución, art. 318, Ley No. 15.869, art. 8º)*” (CAJARVILLE, Juan Pablo, “Recursos...” cit., pág. 65).

141 Que obra, junto a la Exposición de Motivos, en el D. de S. de la C. de R., 48a. Sesión, 6-IX-2005, págs. 26 a 28.

142 Este primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes obra en el D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, págs. 28 a 34.

143 Diario de S. de la C. de R., 48ª. Sesión cit., pág. 32.

144 En su intervención ante la Comisión de Hacienda del Senado, expresó textualmente RODRÍGUEZ MASCARDI: “*Con respecto al segundo artículo –que habla de derecho a la información- es unánime la opinión del Instituto en el sentido de que nos inquieta que ese derecho de información se pueda otorgar a cualquier persona. Digo esto porque en la redacción dada a la ley cualquier persona podría pedir esta información, ya que está legitimado para hacerlo. Nosotros opinamos que esa legitimación debería ser fundada en un interés legítimo y apreciada por el Banco Central. Pero ¿a través de qué forma? Consideramos que esa opinión del Banco Central debería ser, a su vez, una opinión fundada a través de una resolución administrativa que fundase por medio de la acreditación de los extremos de hecho, es decir, por qué una persona tiene derecho a obtener una información consolidada –tal como dice la norma- que implica una información global sobre un conjunto económico o sobre una persona. Entonces, como Instituto y como comercialistas, esto nos inquieta.*” (Acta de la Com. de H. del S. en Distribuido No. 466, de 30-IX-2005).

145 Expresaba textualmente RIPPE: “*Evidentemente, como el Banco Central del Uruguay va a poder determinar los medios y el alcance de la divulgación de la información crediticia, es razonable pensar que será prudente y cuidadoso respecto de quién está o no legitimado para obtenerla. Seguramente, este organismo tendrá que saber cuáles son los motivos o las razones que llevaron a solicitar dicha información.*” (Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 466 de 30-IX-2005).

antecedentes se desprende claramente que el propósito de la norma fue el particular que solicite información en el marco del artículo 2do., debe tener un “*interés legítimo y comercial*” para requerirla.<sup>146</sup>

Entre las intervenciones de los legisladores durante la discusión parlamentaria también existen múltiples alusiones a que la razón de realizar la remisión al artículo 8vo. de la Ley 17.838 fue precisamente exigir un interés legítimo por parte del solicitante de la información en el artículo segundo.<sup>147</sup>

De todos modos, siendo ese el propósito, habría resultado mucho más claro dejar consignada esa exigencia a texto expreso en el artículo 2do. de la Ley, pues aunque no quepa duda de que esa fue la intención del legislador de acuerdo a los antecedentes parlamentarios, estamos ante un derecho (a obtener información) consagrado en forma amplia a texto expreso, por lo que las limitaciones al mismo (las exigencias en la legitimación) deberían surgir en forma clara y expresa de la propia norma legal, y no de una remisión que a su vez no contiene tampoco una disposición expresa al respecto. En efecto, veamos si del texto legal que es objeto de dicha remisión, puede inferirse esa condición.

El artículo 8vo. de la Ley 17.838, decíamos, no exige expresamente un “*interés legítimo*”. Pero sí habilita el tratamiento de datos personales de terceros “*relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticia que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos*”, en aquellos casos en que los mismos sean obtenidos de fuentes de acceso público o procedentes de informaciones facilitadas por el acreedor o en las circunstancias del artículo 4° de esa Ley (No. 17.838). A su vez, dentro de dicho artículo 4to. se incluye la posibilidad de acceder a datos sin el consentimiento su titular, en el caso de que tales datos “*sean recabados para el ejercicio de funciones o cometidos constitucional y legalmente regulados propios de las instituciones del Estado o en virtud de una obligación específica legal*”, que es precisamente lo que sucede con la información que llega a manos del Banco Central del Uruguay procedente de las instituciones de intermediación financiera sobre operaciones activas de sus clientes.

Podría interpretarse que el legislador consideró que esa “*evaluación*” sobre la concertación de negocios en general, sobre la conducta comercial y la capacidad de pago del titular de las operaciones activas, sólo corresponde a quien tiene un “*interés legítimo*” en realizar dicha evaluación, ya sea porque prepara el otorgamiento de un préstamo, la aceptación de una garantía, etc. No sería admisible por ejemplo, en esa línea interpretativa, la consulta de un particular realizada por motivos estrictamente personales ajenos al giro de sus negocios, es decir, a la gestión del crédito de dichos negocios; como por ejemplo las motivaciones políticas, o la consulta realizada por medios de prensa a los efectos de realizar difusiones que provoquen impacto público con móviles ajenos los relacionados con la gestión de riesgo crediticio del consultante.

De todos modos, reiteramos, en lo que refiere a la legitimación del peticionante frente al Banco Central del Uruguay, si la intención del legislador fue exigir un “*interés legítimo*” –como hemos visto-, la consagración expresa de dicho requerimiento habría sido seguramente más clara que la remisión a la Ley 17.838, y resulta un aspecto a tener en cuenta para una futura mejora de la norma, fundamentalmente porque las exigencias relacionadas a la legitimación del peticionante pueden resultar en los hechos en una limitación importante en el ejercicio del derecho.

Por último, parece necesario puntualizar que si existe la exigencia de un “*interés legítimo*” del peticionante, ello no significa que el Banco Central del Uruguay tenga la discrecionalidad de proporcionar o no la información requerida conforme al artículo 2do. de la Ley 17.948. En otras palabras: si el solicitante está legitimado, el Banco Central del Uruguay se encuentra *obligado* a brindar la información requerida.

Es cierto que el Banco Central del Uruguay tendrá que determinar primero si existe un interés legítimo o no, pero ello constituye un presupuesto de hecho respecto del otorgamiento de la información, sobre cuya determinación no cuenta con discrecionalidad. CAJARVILLE expresa en tal sentido que al dictar un acto administrativo, la Administración no goza de discrecionalidad alguna para apreciar la existencia o inexistencia de

146 ADRIASOLA, “*La Ley 17.948....*” cit., pág. 18. El autor cita también entre los antecedentes la intervención de los técnicos del BCU en la Comisión de Hacienda del Senado, donde expresaron: “*La propuesta que estamos planteando ahora pretende que esa información sea accesible a más cantidad de gente y al público en general, siempre que manifieste un interés legítimo por obtenerla.*” (el destacado nos pertenece).

147 Expresa en tal sentido el diputado Iván Posada (miembro informante de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes): “*Quiero recordar que en nuestra intervención hicimos especial referencia –incluso lo leímos– al artículo 8vo. de la Ley No. 17.838, de 24 de setiembre de 2004, conocida como ley de corpus data; quienes tengan acceso a esta información deben tener un interés legítimo para lograrlo. Tales son las referencias que se establecen en el artículo 8° de la mencionada ley, en el que se otorga especial autorización al tratamiento de datos personales, con relación al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticio que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos....*” “*...se accede (la información sobre operaciones activas) en función del interés legítimo que está establecido en la referencia que se hace en el artículo 2° al artículo 8° de la Ley No. 17.838.*” (D. de S. de la C. de R. 48ª. Sesión cit., pág. 39 –los destacados nos pertenecen-, y en el mismo sentido se pronuncia el diputado ASTI a fs. 40)

los hechos y su valoración jurídica.<sup>148</sup> En definitiva, la determinación que realice el Banco Central del Uruguay sobre la existencia o no de un interés legítimo por parte del solicitante, estará sometida al control de legalidad al que están sometidos todos sus actos administrativos –expresos o tácitos– pudiendo acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa de anulación o de reparación en caso de que la determinación hubiere resultado incorrecta (arts. 309 y 312 de la Constitución).

### C.- Uso de la información obtenida por el peticionante.-

Ahora bien, una vez comprobado que el solicitante está legitimado para obtener información en el marco del art. 2do. de la Ley, y por tanto el Banco Central del Uruguay cumplió con su obligación de brindarla, ello no implica que ese solicitante pueda hacer cualquier uso de dicha información.

En efecto, si bien es claro que ni el peticionante ni la información que obtuvo están comprendidos por el secreto bancario, entendemos que el particular que la recibe sólo puede utilizarla en forma reservada para el propósito para el que fue solicitada, en virtud de que:

1) resultan aplicables las normas generales de derecho civil sobre responsabilidad extracontractual (art. 1319 del código Civil), y por tanto quien obtuvo la información deberá responder por el daño que pueda causar al titular de la información (es decir, el cliente bancario sobre cuyas operaciones activas se informó), en virtud del uso inadecuado o indiscriminado de a la misma.

2) El artículo 6to. de la Ley 17.838 (de Habeas Data) contiene una disposición expresa al respecto, que establece: *“Aquellas personas físicas o jurídicas que obtengan legítimamente información proveniente de una base de datos que brinde tratamiento a los mismos, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros.”*

En definitiva, la información obtenida por un particular al amparo del art. 2do. de la Ley 17.948, no podrá ser utilizada para propósitos personales ajenos al giro habitual de sus negocios y para lograr una mejor gestión del riesgo de créditos (a cuyo efecto se reconoce el “interés legítimo” del solicitante), y deberá mantenerse en forma reservada, prohibiéndose toda difusión a terceros. En caso de no respetar estas reglas, se deberá responder por el daño causado, conforme a las reglas de responsabilidad civil.

Cabe destacar que esta temática referida al manejo de la información por el particular sobre operaciones activas una vez que la obtuvo de la base de datos del Banco Central del Uruguay, fue expresamente tratado en la discusión parlamentaria, en la cual el diputado POSADA, miembro informante en la Cámara de Representantes, sostuvo la posición que viene de exponerse.<sup>149</sup>

### III.4.3.- Artículo 3ero. – Divulgación de información por el BCU.-

Esta norma refiere a una situación distinta de la prevista en el artículo 2do., puesto que ya no estamos en presencia de una solicitud de información presentada por una persona física o jurídica ante el Banco Central del Uruguay, sino a la *facultad* que se le otorga a éste para proceder a *divulgar* la información sobre operaciones activas de las instituciones de intermediación financiera sin que exista petición alguna en tal sentido.

148 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *“Invalidez de los actos administrativos. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de Derecho”* Editorial Universidad, Mont. 1984, pág. 19. Expresa allí textualmente que: *“En todo caso, el acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como la consecuencia jurídica. Por tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad.”*

149 Expresó allí el diputado Iván Posada: *“...la ley de corpus data establece claramente, en su artículo 6to., que esta información (obtenida conforme al art. 2do. de la Ley) se otorga con carácter reservado; es decir que quien la obtiene no puede salir y hacer una publicación, por ejemplo, en cualquier medio de comunicación. Es una información que se obtiene a los efectos de lograr una mejor gestión del riesgo de crédito, pero que, en todo caso, sigue teniendo un carácter reservado y se accede a ella en función del interés legítimo que está establecido en la referencia que se hace en el artículo 2do. al artículo 8º de la Ley No. 17.838.”* (D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 39).

## A.- Información comprendida en la facultad de divulgación del BCU.-

La información que puede ser objeto de esta divulgación, si bien es similar a la alcanzada por el derecho de petición del artículo 2do., no se limita al ámbito de las operaciones bancarias activas, sino que es un poco más amplia, y comprende:

a) la misma información a que refería el artículo 2do. (es decir, de “operaciones bancarias activas”) sobre personas, empresas e instituciones *contenida en los registros que se encuentren a cargo del BCU.*

b) la información sobre deudores, *que recibe el Banco Central del Uruguay* de las instituciones de intermediación financiera controladas para su inclusión en la Central de Riesgos Crediticios u otra base de datos sobre operaciones bancarias activas referidas a inversiones, préstamos, créditos, descuentos, hipotecas, avales, garantías u otras obligaciones crediticias, que administre el BCU.

Una primera aclaración surge de la lectura de esta parte de la norma. Si bien al principio el proyecto de ley explicitó entre sus motivos la intención de otorgar al Banco Central del Uruguay la facultad de divulgar la información de *todos* sus Registros (es decir, permitir la divulgación de información contenida en aquéllos Registros que no se difundían antes de la ley, por no revestir hasta entonces carácter público), la disposición fue sufriendo transformaciones en el trámite parlamentario que tuvieron un resultado final -plasmado en la redacción de la norma aprobada- mucho más restrictivo: la información que puede divulgarse es *solamente* el tipo de información *del art. 2do.*, es decir, *sobre operaciones activas*, que conste en los registros del Banco Central del Uruguay. Esto es lo que resulta de la remisión que el artículo 3ero. hace al artículo 2do., pues en este último, como ya hemos visto, se alude al derecho de las personas físicas y jurídicas de solicitar la siguiente información:

a) operaciones bancarias activas de personas físicas o jurídicas que operen con instituciones de intermediación financiera, excluyendo la información confidencial recibida de sus clientes o sobre sus clientes en virtud de la celebración de esas operaciones bancarias activas.

b) información concerniente a la categorización o rango de riesgo crediticio asignado que conste en la Central de Riesgos Crediticios que lleva actualmente el Banco Central del Uruguay.

Decíamos que en el proyecto original remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento, la información que podía divulgar el BCU era mucho más amplia, ya que incluía toda la “*información sobre personas, empresas e instituciones contenida en los Registros que se encuentren a su cargo*”<sup>150</sup> sin especificar que se refería sólo a la información sobre operaciones activas contenida en dichos registros. Más aún: la médula de ese proyecto original era este artículo sobre la facultad de divulgación del BCU, que refería a toda la información contenida en sus Registros. Tan es así que en la Exposición de Motivos del Poder Ejecutivo, se incluyó un minucioso listado de toda la información que obraba en los Registros del BCU sobre la cual ya existía entonces acceso público<sup>151</sup>, y otro listado sobre aquella información sobre la cual había restricciones para ser otorgada a terceros, y para las que se proponía otorgar el mismo tratamiento que las anteriores.<sup>152</sup> Este listado provenía de la ya mencionada Resolución No. D/288/2005 de 1-VI-2005 del Directorio del Banco Central del Uruguay, en la que esa Institución dispuso enviar al Poder Ejecutivo el proyecto de ley original.

150 En el proyecto original era el artículo 1ero., cuyo inciso primero decía textualmente: “*El Banco Central del Uruguay está facultado para divulgar la información sobre personas, empresas e instituciones contenida en los Registros que se encuentren a su cargo, y que aún no hubieren sido declarados públicos por la normativa vigente, así como la información sobre deudores, buenos y malos pagadores, que reciba de las instituciones controladas para su inclusión en la Central de riesgos Crediticios u otra base de datos sobre operaciones bancarias activas de inversiones, préstamos créditos, descuentos, hipotecas, avales, garantías u otras obligaciones crediticias.*” (D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 27). Como puede apreciarse, la información a divulgar era básicamente de dos tipos: por un lado, la contenida en los Registros a cargo del Banco Central del Uruguay (aún de los que hasta entonces no fuesen públicos), y la información sobre deudores, es decir, sobre operaciones activas. En su redacción final, debido a la remisión del artículo 3ero. a “*la información a que refiere el artículo 2do.*”, prácticamente se excluyó la información de los Registros y sólo quedó la que refiere a operaciones activas, o mejor dicho, la de operaciones activas que consta en sus registros.

151 Entre otras, se encontraba: toda la información incorporada al Registro Público del mercado de Valores, la información sobre accionistas de las instituciones de intermediación financiera y de Administradoras de Fondos de Ahorro Provisional incorporadas en el Registro de Accionistas correspondiente, las sanciones aplicadas a las AFAP incorporadas al Registro de Sanciones, las sanciones aplicadas a personas físicas o jurídicas relacionadas con el Mercado de Valores, las sanciones aplicadas por otras autoridades de control distintas del BCU, a las entidades supervisadas por la División Mercado de Valores y a los partícipes del Mercado de Valores (el listado completo obra en la mencionada Exposición de Motivos, D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, págs. 26).

152 Entre otras, se encontraba: la información sobre accionistas de administradoras de fondos de inversión, la información sobre accionistas de empresas de seguros, la información sobre personal superior de empresas de seguros, la información sobre cuentacorrentistas suspendidos incorporados al Registro de infractores sobre la ley de cheques, las sanciones a empresas y personas sujetas al contralor del BCU que consta en el Registro de Sanciones, las sanciones a los auditores externos, los conjuntos económicos que operan con el sistema financiero y la información sobre deudores del sistema financiero incorporados a la Central de Riesgos (el listado completo obra en la mencionada Exposición de Motivos, D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, págs. 26 y 27).

La norma que finalmente terminó siendo el artículo 3ero. de la Ley 17.948, era el artículo 1ero. del Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento, y no existía el actual artículo 2do. sobre el derecho a la información de las personas físicas y jurídicas, de modo que todas las medidas propuestas sobre “transparencia del crédito” quedaban en dicho proyecto centradas en la facultad de divulgación del BCU, y en la intención de que la información contenida en sus registros se hiciera pública prácticamente en su totalidad (con alguna excepción aislada, como las declaraciones juradas presentadas por el personal superior de las instituciones de intermediación financiera, tal como figura en el actual art. 3ero. in fine).

La Cámara de Representantes, en su primer tratamiento del proyecto, si bien agregó los actuales artículos 1 y 2, no modificó en este sentido el artículo 3ero., pero sí lo hizo la Cámara de Senadores incorporando la remisión en el artículo 3ero. a la información del art. 2do., en redacción que se mantuvo en el texto finalmente aprobado.<sup>153</sup> Esta remisión fue lo que provocó la limitación a la intención inicial del proyecto, dejando fuera de la divulgación a los registros del BCU que aún no tuvieran carácter público y que no refieran a operaciones activas.

En definitiva: como surge del texto legal, así como de sus antecedentes parlamentarios, la redacción final del artículo 3ero. no establece que el Banco Central del Uruguay pueda divulgar toda la información contenida en sus registros (como estaba proyectado originalmente), sino solamente la *información sobre operaciones activas* contenida en sus registros (las enumeradas en el art. 2do.), con lo cual quedan afuera una serie de informaciones que constan en registros que llevan el BCU que no han sido declarados de carácter público.<sup>154</sup>

## B.- Alcance de las potestades del BCU.-

Otro tema que entendemos relevante en relación con el artículo 3ero., es determinar el alcance de las potestades de divulgación otorgadas al BCU, esto es, si respecto de la información que está facultado a divulgar, se encuentra sujeto a limitaciones de algún tipo, relacionadas con la oportunidad, la finalidad, los medios, etc., y en tal caso cuáles son esas limitaciones.

### B.1.- Naturaleza discrecional de la potestad de divulgación.-

Del texto legal surge con claridad –según ya hemos visto– que la potestad de divulgación otorgada al BCU es de carácter discrecional, y ello no solamente por la utilización de la expresión “*está facultado*”, sino porque ello puede apreciarse claramente en comparación con la *obligación* de brindar información a las personas físicas y jurídicas que se le impone en el artículo 2do.<sup>155</sup> La ley “*autoriza*” al BCU la divulgación pero no le “*obliga*” a ello.<sup>156</sup>

Cabe aclarar previamente que existe una norma expresa, el inciso primero del artículo 4to. de la ley, que confirma la discrecionalidad con que cuenta el Banco Central para seleccionar los medios y el alcance con que ha de hacerse la divulgación. Pero esta norma no hace más que reiterar que la facultad de divulgación es una potestad discrecional y no una obligación, pudiendo por tanto el Banco Central del Uruguay determinar el mérito, conveniencia y oportunidad de la divulgación, refiriéndose específicamente ahora al alcance y los medios a utilizar. De modo que se vuelve a plantear la interrogante que formulábamos al principio, sobre cuáles son los límites a esta potestad discrecional.

Ya las intervenciones académicas recibidas en el ámbito de la Comisión de Hacienda del Senado llamaron la atención sobre este punto, en particular los Dres. RODRIGUEZ MASCARDI<sup>157</sup> (transmitiendo la opinión del

153 Ver Proyecto de la Cámara de Representantes en D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 33 y el de la Cámara de Senadores en D. de S. de la C. de S., 68ª. Sesión, pág. 189.

154 Ver enumeración en la llamada 116.

155 Refiriéndose a la incorporación de los artículos 1 y 2, que no existían en el texto original, el diputado ASTI distingue claramente entre el distinto alcance de las competencias otorgadas al BCU en carácter de obligación y de facultad discrecional. Expresa al respecto: “*claramente, el tema que estamos tratando recoge las dos vertientes que manifestábamos antes. Una es la posibilidad de que quien tenga un interés legítimo solicite determinada información amparada en el artículo 8º. De la Ley No. 17.838. La otra vertiente, que también figura en este proyecto de ley, es la que proviene del Poder Ejecutivo y del Banco Central: la facultad de ese Banco para publicar o dar libremente determinado tipo de información.*”

156 Cfm. Intervención del Dr. ARTECONA en la Comisión de Hacienda del Senado, citado por ADRIASOLA, en “*La Ley 17.948...*” cit., pág. 18.

157 Expresa RODRIGUEZ MASCARDI textualmente en relación al art. 3ero., que “*Desde el punto de vista del otro artículo –el que habla del derecho a la divulgación– también parece consagrada como una discrecionalidad del Banco Central. A su vez, nos preguntamos si en el Banco Central hay que reunir tantas facultades discrecionales o debería ser también una resolución fundada de este Banco y no dejarla a su discrecionalidad. Por último, en cuanto a la forma de divulgar, nuestra opinión es coincidente con lo que hemos dicho respecto del artículo anterior: esa forma de divulgación debería hacerse en forma fundada, más allá de que la norma aparente organizar una especie de registro público en el cual estarían pagando tasas para obtener una información.*” (Acta de la C. de H. del S., en Distribuido No. 466, del 30-IX-2005, pág. 1).



Instituto de Derecho Comercial de la Universidad de la República) y RIPPE<sup>158</sup>, coincidieron en que esta facultad discrecional del Banco Central debía ser ejercida en forma “prudente y cuidadosa”, y además fundada.

Veremos algunas nociones generales sobre el análisis que el Derecho Administrativo ha hecho de los límites al ejercicio de potestades discrecionales, en contraposición a las obligaciones o la actividad reglada de la Administración, para luego aplicarlas a la norma que analizamos.

## B.2.- Límites a la discrecionalidad.-

Cuando la ley otorga potestades discrecionales a la Administración, en oposición a las potestades regladas, significa que no determina con exactitud lo que debe hacer en los casos concretos, sino que le acuerda poderes jurídicos y fija simplemente las líneas generales de acción futura.<sup>159</sup> Pero SAYAGUES LASO puntualiza, citando a la doctrina administrativista, que la discrecionalidad no significa arbitrariedad, sino solamente la posibilidad de *apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites*.<sup>160</sup> Por su parte, CAJARVILLE define la discrecionalidad como la posibilidad de elegir libremente entre dos o más soluciones igualmente legítimas –admitidas por derecho– aquella que se entienda más adecuada a los *motivos* y más idónea en relación con el *fin debido*<sup>161</sup>, y también sostiene la existencia de límites cuya trasgresión provocaría ilegitimidad, aún tratándose de un acto discrecional.

Pero ¿cuáles son entonces esos límites en el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración? ¿Cómo podrá constatararse si la Administración actuó dentro del ámbito discrecional lícito o si excedió sus límites? Podemos reconocer al menos tres tipos de límites, a saber:

a) Los diversos autores reconocen un primer límite a la actuación discrecional de la Administración en las propias normas jurídicas que acoten expresamente esa actuación discrecional, y los Principios Generales de Derecho, que están incorporados en nuestro Derecho Positivo como reglas integrantes de su ordenamiento.<sup>162</sup> Es decir, que el grado de discrecionalidad estará dado en primer lugar por los límites que establezca la propia norma que otorga la potestad.

b) Una segunda limitación surge del *fin debido* por toda actividad administrativa, pues los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público, es decir, razones atinentes al servicio.<sup>163</sup> A diferencia de los particulares, que se mueven bajo el principio de libertad pudiendo hacer lo que quieran mientras no violen una norma prohibitiva, la Administración debe actuar necesariamente para el cumplimiento de los  *fines*  que el derecho objetivo establece. La no coincidencia del  *fin querido*  por el actuar de la Administración con el  *fin debido*  que se le impone por Derecho, viciará y hará anulable el acto por  *desviación, abuso o exceso de poder* .<sup>164</sup>

c) En tercer lugar, aún actuando de conformidad con los fines propios de los servicios a su cargo, la Administración deberá procurar que sus actos se ajusten *razonablemente* a tales fines<sup>165</sup>, es decir: la existencia de una *razonable idoneidad de la actividad administrativa para el fin debido* constituye en nuestro Derecho un requisito de su legitimidad.<sup>166</sup> Ese llamado “*standard de razonabilidad*” como límite de legitimidad a la actuación discrecional de la Administración, ha sido analizado detalladamente por CAJARVILLE, quien citando a BRITO sostiene que la actividad administrativa, en cuanto medio para la obtención de un fin, debe ser apta o idónea para obtenerlo, lo cual constituye una cuestión de legitimidad y no de mérito.<sup>167</sup>

158 El Dr. RIPPE manifestó al respecto: “quiere señalar que el que va a emitir y divulgar la información será, en su caso, el Banco Central del Uruguay, que será el que tendrá las facultades –no sé si discrecionales, pero es el término que utiliza el instituto– para ello. Evidentemente, como el Banco Central del Uruguay va a poder determinar los medios y el alcance de la divulgación de la información crediticia, es razonable pensar que será prudente y cuidadoso respecto de quién está o no legitimado para obtenerla. Seguramente, este organismo tendrá que saber cuáles son los motivos o las razones que llevaron a solicitar dicha información.” (Acta de la C. de H. del S., en Distribuido No. 466, del 30-IX-2005, pág. 3).

159 Cfm. SAYAGUES LASO, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, 6ta. Ed., FCU, Mont. 1988, pág. 405.

160 SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 406.

161 CAJARVILLE, op. cit. pág. 16.

162 En tal sentido se pronuncia CAJARVILLE, Juan Pablo, al comenzar a analizar lo que llama “límites flexibles” de la discrecionalidad, expresando que esos Principios Generales de Derecho tienen “valor y fuerza constitucional, cuando se refieren a derecho, deberes y garantías “que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (Constitución, art. 72), y con valere y fuerza de ley los demás (Constitución, artículo 332, Código Civil, artículo 16; antes, ley No. 13.318 de 28-XII-1964, artículo 345, ahora ley No. 15.524 de 9-I-1984 artículo 23 apartado a)”; op. cit., pág. 31

163 Cfm. SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 409.

164 Cfm. CAJARVILLE, op. cit. pág. 39.

165 Cfm. SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 410.

166 Cfm. CAJARVILLE, op. cit., pág. 36.

167 La cita de BRITO, Mariano, corresponde a “De la naturaleza y objeto del control a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en Rev. DJA, T. 73, págs. 55-56; y “De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio”, en Rev. De la Fac. de Der. y C. Sociales, Año XXIII, No. 3-4, págs. 171-183; en CAJARVILLE, op. cit., pág. 37.

A su vez, además de los límites antedichos, los actos discrecionales deben cumplir con las demás condiciones de todo acto administrativo, esto es, deben tener un **motivo o finalidad** ajustada a Derecho, y que ese motivo se encuentre debidamente explicitado en la **fundamentación o motivación** del acto.<sup>168</sup>

En suma: la existencia de una facultad discrecional no significa que la Administración pueda actuar a su antojo, sino que requiere, al igual que todo acto administrativo, una resolución fundada –esto es, debidamente motivada– y que tales motivos se ajusten razonablemente al fin debido por la Administración en el ejercicio de los cometidos asignados a su cargo.

### B.3.- Aplicación de estos principios a las facultades de divulgación del Banco Central del Uruguay.-

#### a) Norma habilitante de la divulgación.-

En primer lugar, cabe puntualizar que la norma contenida en el artículo 3ero. permite divulgar información que antes de la sanción de esta Ley, si bien no estaba amparada por el “secreto bancario” (artículo 25 del DL 15.322), sí estaba amparada por el secreto profesional en general (art. 302 del Código Penal), y específicamente tenía carácter reservado por mandato de los artículos 22 y 23 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay (Ley 16.696 de 30-III-1995)<sup>169</sup>, pues se trata de información sobre operaciones activas que es obtenida por el BCU en virtud del ejercicio de sus cometidos de supervisión y control sobre el sistema financiero.

En efecto, pese a que la actuación de la Administración se rige por el principio general de Publicidad<sup>170</sup> y el secreto es la excepción<sup>171</sup>, el Banco Central está sometido en virtud de su Carta Orgánica al principio opuesto, el de secreto y reserva, respecto de la información que obtiene de las empresas supervisadas para el cumplimiento de sus cometidos de contralor (ello se relaciona con las particularidades de la información que maneja<sup>172</sup>, relativa a las operaciones de las empresas financieras y sus clientes). Ello comprendía, hasta la sanción de la Ley 17.948, toda la información obtenida por el BCU bajo estas circunstancias (salvo la incluida en sus Registros públicos), pero a partir de esta ley la información sobre operaciones activas queda excluida de esa obligación de reserva, desde que se otorga al BCU la facultad de divulgarla.

168 La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha expresado sobre la fundamentación (motivación) y los motivos del acto administrativo como requisito de legitimidad: “Respecto de la fundamentación del acto...es cierto que por tal debemos entender “la expresión de los motivos que fundamentan el acto” (Durán Martínez, “Estudios de Derecho Administrativo”, pág. 65), extremo que tiene expresa previsión en nuestro derecho positivo en el art. 76 del Decreto 500/91, lo que no inhibe que éste sea un principio general de derecho, y tal cual lo ha sostenido la Sala, toda la doctrina administrativa subraya que el acto debe sustentarse en hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable (Motivación suficiente), y que aquellos deben explicitarse apropiadamente (Conf. Sents. 138/92 y 466/93).” (Sent. No. 574 de 20-IX-2004 en Anuario de Derecho Administrativo, T. XII, caso 90). Y en el mismo sentido: “La necesidad de motivar aquellos actos que afecten los derechos e intereses individuales o colectivos, constituye un principio general de derecho que nuestro ordenamiento jurídico ha recogido expresamente. Al ser parte del ordenamiento jurídico, la necesidad de motivación limita y vincula el obrar de la administración. La falta de conformidad del acto con dicho ordenamiento genera un defecto o vicio en el objeto del acto que provoca su nulidad. Tal como lo señala Cassagne “...la vigencia de los principios generales de derecho hace posible una barrera defensiva que se opone a la arbitrariedad legal o administrativa, dando estabilidad al derecho de los particulares” (autor citado en “Estudios de Derecho Público” P. 17)” (Sent. No. 149 de 12-IV-2004, en ADA T. XII, caso 84, pág. 153).

169 Los artículos 22 y 23 de la Ley 16.696 disponen: “ARTICULO 22 (Secreto y Reserva) - El Banco estará obligado a guardar secreto, en los términos establecidos en el artículo 25 del decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, cuando ejerza actividad financiera. En todos los demás casos los miembros del Directorio deberán ajustar la divulgación de sus informaciones y opiniones a las reservas propias de la materia objeto de competencia del Banco, sin perjuicio de su inherente transparencia pública propia de la responsabilidad que les compete.” “ARTICULO 23 (Obligación de secreto) –Los funcionarios del Banco tienen el deber de guardar el más estricto secreto y la más absoluta reserva sobre cada uno de los asuntos bancarios que lleguen a su conocimiento en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones, bajo la más severa responsabilidad administrativa, civil y penal, si fuere del caso (artículo 25 “in fine” del decreto ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, y artículo 163 del Código Penal).

170 CASSINELLI MUÑOZ expresó al respecto: “De la forma republicana de gobierno deriva el principio de publicidad de la gestión administrativa, el cual ha de entenderse por ende, en nuestro Derecho, consagrado en el art. 72 de la Constitución. El acceso de cualquier persona a la documentación administrativa, es pues de principio; la reserva o secreto o cualquier restricción a ese principio requiere un acto expreso de autoridad competente fundado en un motivo legítimo. No puede decirse: “puesto que no hay razón especial para dar acceso, no se da”; sólo cabe decir: “habiendo en el caso razones para negar el acceso, se establece la reserva”. Si no hay razones para la restricción aunque tampoco existan motivos especiales para la publicidad, ésta procede; precisamente, porque ésta es la solución de principio bajo el sistema republicano” (CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “El interés requerido para obtener testimonios de actuaciones administrativas”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración T. 65, pág. 150-151).

171 Las excepciones al principio de publicidad han sido analizadas por LOPEZ ROCA, Elbio J., en “Publicidad y secreto en la Administración Pública”, en Revista de Derecho Público, Año 2003, No. 24, pág. 41: “En nuestro ordenamiento constitucional positivo se recibe, como principio general, la publicidad de la gestión estatal o de la administración del Estado”. El autor realiza un muy exhaustivo análisis de toda la normativa vigente enumerando todos aquellos casos en que las normas de Derecho Positivo imponen excepciones a este principio de publicidad en la actuación de diversos sectores de la Administración, imponiendo el secreto, entre los cuales cita la Ley Orgánica del BCU (pág. 67).

172 Ver en este sentido los fundamentos del secreto profesional y secreto bancario ya analizados en el capítulo II.3.

Existe entonces un primer presupuesto o *límite* de la discrecionalidad que se encuentra cumplido, cual es la existencia de un marco jurídico, una norma de derecho positivo que habilita el dictado de determinado acto, en este caso, el acto expreso o tácito que dispone la divulgación de ese tipo de información. Volviendo a las “justas causas” de relevamiento del secreto profesional que analizáramos en el capítulo II.4.1, se cumpliría la última de ellas (apartado D), es decir, la existencia de una “norma imperativa” que habilita a revelar el secreto por mandato legal. Ya en esa oportunidad citábamos las posiciones doctrinarias que tratando esta situación sostenían que no estamos en realidad ante una “justa causa” de revelación del secreto, sino que la existencia de la norma que habilita o impone su revelación determina que ya *no existe el secreto*<sup>173</sup>, y por tanto se descarta la posibilidad de una infidencia punible.

## b) Cumplimiento del fin debido.-

En segundo lugar deberá analizarse si en cada caso concreto la Administración, es decir, en este caso el Banco Central del Uruguay, dispone la divulgación en cumplimiento del *fin debido* de acuerdo a las normas que regulan su actuación. Pero ¿cuál es este fin debido por el BCU en materia de divulgación de la información sobre operaciones activas que se encuentra a su cargo? Sin perjuicio de que este concepto puede ser dinámico, en atención a futuras normas que puedan incorporar nuevos elementos, entendemos que por el momento cabe recordar tres aspectos que ya hemos mencionado en el presente trabajo y que contribuirán a la delimitación del *fin debido* en este caso:

- Por un lado, la Ley Orgánica del Banco Central enuncia en forma explícita entre sus finalidades, la de “promover y mantener la solidez, solvencia y funcionamiento adecuado del sistema financiero nacional” (art. 3ero. literal D de la Ley 16.696), con lo cual impone una primera dirección en la que necesariamente debe orientarse el acto de divulgación. También puede considerarse que la divulgación prevista en la ley puede estar vinculada a la finalidad prevista en el literal “B” del mismo art. 3ero.: “Asegurar el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”. Hay otras dos finalidades previstas en la norma, pero en principio no parecen tener vinculación con las facultades de divulgación que nos ocupan.<sup>174</sup>

- Por otro lado, habrán de tenerse en cuenta cuáles son las finalidades de la Ley 17.948, en cuyo marco se inserta el artículo 3ero. que comentamos, en cuanto las facultades de divulgación que otorga al BCU constituyen instrumentos para el logro de los fines de la ley. Nos remitimos pues a todo lo ya expresado en el capítulo III.3 sobre el bien jurídico tutelado por la Ley 17.948, de acuerdo a lo que surge de la historia de su sanción. En síntesis, ha de recordarse que se persigue una finalidad de interés general, cual es el beneficio para el desarrollo económico que deriva de generar mejores condiciones a todos los sectores de la economía real en el manejo de sus riesgos crediticios, siendo el acceso a la información crediticia de terceros (operaciones bancarias activas) un instrumento para tal fin.

- Finalmente, si bien esta divulgación de que trata el art. 3ero. de la Ley 17.948 no se realiza porque se haya cumplido una “justa causa” de relevamiento del secreto profesional, sino porque existe una norma expresa que la habilita, podría afirmarse que estamos, desde el punto de vista material, sustancialmente ante una “justa causa” (en tanto habilitante para relevar el secreto profesional que obliga al BCU según su Carta Orgánica) que ha sido ponderada esta vez por el legislador. Es decir, que no se ha dejado librada, como en el caso del art. 302, la evaluación de la justa causa a cargo del profesional (Banco Central), sino que se determinó la existencia de una “justa causa” (la mejora en la gestión del crédito) por imperio legal. Ello nos remite a todas las consideraciones sobre la naturaleza de la justa causa que analizáramos en el capítulo II del presente trabajo, sobre todo en el numeral II.4.1, en cuanto la tutela del derecho individual a la libertad e intimidad protegidos por el secreto profesional puede ceder ante la tutela de un *interés público o general*, que debe estar presente entre los fundamentos de la divulgación y la determinación de su alcance.

Este deber de cumplimiento del fin debido por la divulgación, determinará la ilegitimidad de toda divulgación inspirada en propósitos ajenos a tal fin, como por ejemplo, causales de índole personal, sancionatorio, ejemplarizante, etc.

173 IRURETA GOYENA, “El Secreto Profesional”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T45, pág. 63.

174 Los literales A) a C) del citado artículo 3, establecen como otras finalidades del BCU: “A) velar por la estabilidad de la moneda nacional; y C) Mantener un nivel adecuado de las reservas internacionales.”

### c) "Standard" de razonabilidad.-

Por último, otro límite a la actuación discrecional consistirá en determinar si el alcance, oportunidad y medios de la divulgación dispuesta por el Banco Central se ajustan *razonablemente* a la persecución del fin debido. No es fácil establecer de antemano reglas para evaluar esta razonabilidad, puesto que la casuística puede presentar muy diversos presupuestos de hecho o condiciones que sólo permitirán ponderar la adecuación del acto frente a las circunstancias concretas en que fue dictado. Pero no debe olvidarse que la *motivación* debida del acto, es decir, los fundamentos expresados en el mismo (su parte expositiva) constituyen un requisito formal que en el caso de los actos discrecionales adquiere especial relevancia.<sup>175</sup> En efecto, la motivación del acto permitirá apreciar precisamente la razonabilidad de la opción de oportunidad, conveniencia y mérito adoptada por la Administración en atención a la finalidad perseguida mediante la divulgación, máxime teniendo en cuenta que la divulgación de información podrá vulnerar eventualmente los intereses de los titulares de dicha información (los deudores), quienes contarán así con las garantías debidas para evaluar la legitimidad de la divulgación.

La decisión que el Banco Central adopte sobre la divulgación de información y los medios a través de los que dicha divulgación sea realizada, deberá ser adoptada procurando respetar el adecuado equilibrio entre la conveniencia de la difusión para el cumplimiento de los fines del Banco Central por un lado, y por otro el efecto sobre las personas involucradas, es decir, la tutela de los bienes jurídicos comprometidos en la reserva natural que rodea la información involucrada<sup>176</sup>.

Esta *razonable adecuación del acto al fin debido* tendrá que ver, por ejemplo, con la posibilidad de que determinadas divulgaciones resulten efectivamente medios idóneos y adecuados para lograr una mejora en la gestión del crédito a nivel de agentes económicos ajenos a la intermediación financiera (por ejemplo, las PYMES, otras empresas comerciales públicas o privadas, etc.), ajustando su alcance, medios y oportunidad a tales finalidades. Como se expresara en la historia fidedigna de la sanción de la norma, el tipo de información de que se trata, que originariamente tenía carácter reservado y fue exceptuada del secreto profesional por mandato legal expreso, determina que el Banco Central deba hacer un uso prudente y ponderado de sus facultades, siempre garantizado por la explicitación de los motivos concretos de la divulgación.

## B.4.- Facultades de la instituciones de intermediación financiera posteriores a la divulgación.-

Finalmente, y aunque parezca redundante, ha de puntualizarse que si bien el artículo 3ero. centraliza la facultad de divulgación allí prevista únicamente en el Banco Central del Uruguay, la información que en virtud de dicho artículo ya hubiere sido divulgada por éste usando medios de difusión accesibles al público en general, habrá perdido el carácter secreto, de modo que a partir de allí podrá ser revelada también por las propias instituciones de intermediación financiera que la hubieren generado (es decir, las instituciones acreedoras de los créditos informados).

En efecto, dicha información (como vimos en el capítulo III.4.1), por referirse a operaciones bancarias activas no estaba comprendida en el secreto bancario pero sí en el secreto profesional de los bancos, lo que le confería

175 MARIENHOFF ha señalado al respecto que "...mientras mayor sea la potestad atribuida a una autoridad, mayor debe ser el celo de ésta para demostrar que en el ejercicio de su poder legal obró correctamente, y que el acto emitido se adecua a los respectivos antecedentes de hecho y de derecho" (*"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo II, pág. 328 y ss., también citado por el TCA en Sent. 2/90, 54/90, 267/98). En el mismo sentido GARCIA DE ENTRERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, expresan que "*Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales...por estimar que la expresión de los motivos, en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles, es sencillamente fundamental a los efectos del control jurisdiccional*" (*"Curso de Derecho Administrativo"* T.I, 8va. Ed., Civitas S.A. Madrid, 1997, págs. 556-557). A su vez, en nuestro Derecho Positivo existe una norma concreta que recoge esta concepción sobre la mayor relevancia de la motivación en el ejercicio de potestades discrecionales, que es el art. 21 del Decreto 30/003 (*"Normas de Conducta de la Función Pública"*), que establece, bajo el acápite de "*Motivación de la decisión*", que "...*Tratándose de actos discrecionales, se requerirá la identificación clara de los motivos en que se funda la opción, en consideración al interés público*". Por último, y también en el mismo sentido, cabe citar la jurisprudencia del TCA, que enfatiza que la discrecionalidad no sólo no libera a la Administración del deber de *motivar* adecuadamente los actos, sino que es un "*craso error*" confundir la discrecionalidad con la falta de necesidad de motivar el acto discrecional, pues la motivación es "*tanto más necesaria*" en tal caso, para que el órgano jurisdiccional de contralor "*pueda apreciar si concurren los supuestos que habilitan el ejercicio del poder discrecional*". Expresa, incluso, que "*el deber de motivar es más fuerte en el caso del acto discrecional que en la hipótesis del acto "reglado", porque sólo así puede deslindarse la discrecionalidad de la arbitrariedad*" (Sent. No. 484 de 13-VIII-2001 en ADA T. X, caso No. 132, pág. 274).

176 Este aspecto se encontraba contemplado en la ya citada Resolución del Directorio del BCU No. D/2882005 que dispone enviar al Poder Ejecutivo el Proyecto de Ley. Allí se expresaba que "*la determinación de la forma de difusión de la información, mediante el sitio del Banco en Internet o sólo por el acceso a quien manifieste interés deberá adoptarse teniendo en cuenta las características de la información y la razonabilidad de que la misma sea provista de una forma u otra, lo cual deberá ser una facultad del Banco.*" (destacado nuestro).

carácter reservado. Pero al adquirir carácter público en virtud de la divulgación del BCU, se verificó una “justa causa” así reconocida por la doctrina para la revelación del secreto profesional<sup>177</sup>, o mejor dicho, ha perdido en realidad el carácter secreto.

## IV.- CONCLUSIONES.-

**V.1.-** El secreto y la reserva constituyen un elemento inherente a la actividad bancaria desde sus orígenes, que ha sido consagrado con mayor o menor intensidad en el Derecho Positivo, pero forma parte de los usos y costumbres del negocio bancario aún antes de ser reconocido por ley. Es la base de la confianza en la relación banco-cliente, que hace posible el desarrollo de la actividad, y protege la intimidad como parte del derecho a la libertad individual.

**IV.2.-** Mientras que los bancos están sujetos al secreto bancario consagrado en el art. 25 del DL 15.322 (que prevé en forma taxativa las causales de revelación), el Banco Central del Uruguay está sujeto a secreto profesional respecto de la información que recibe de las instituciones supervisadas por él, regulado en los artículos 302 del Código Penal, arts. 22 y 23 de la Ley 16.696 (se trata de un régimen un poco más flexible que el de secreto bancario, que admite la revelación por “justa causa” cuya existencia deberá ser evaluada por el propio supervisor). Puede sostenerse que existe justa causa para la revelación cuando el bien jurídico tutelado se considera jerárquicamente superior al tutelado por el secreto.

**IV.3.-** Las facultades que la Ley 17.948 otorga al Banco Central del Uruguay para difundir información que recibe de los bancos sobre sus operaciones activas (que es incorporada a la Central de Riesgos), constituyen una excepción a su obligación de guardar secreto profesional, y como tal deben interpretarse en sentido estricto. A los efectos de determinar su verdadero alcance, se analizan en este trabajo los tres artículos medulares de la Ley.

**IV.4.-** Las normas sobre divulgación de operaciones bancarias activas a agentes económicos y comerciales no bancarios, recogen una tendencia consagrada en el Acuerdo de Basilea II, y en diversas legislaciones nacionales, que tiene por objetivo la mejora de la gestión del riesgo crediticio, en beneficio de la disciplina del mercado de créditos y como consecuencia de la economía en general. Se trata de un bien jurídico de interés general cuya tutela, junto a la igualdad en el acceso a información, fue invocada en los antecedentes legislativos como fundamento de la Ley 17.948. Al mismo tiempo, cabe recordar que entre los fundamentos del secreto profesional en la actividad bancaria también se invocaba el beneficio de la economía toda, pues el secreto bancario permite el desarrollo de la actividad (que sería imposible sin la confianza del cliente en la reserva sobre sus operaciones), y un sistema bancario fortalecido se considera uno de los sostenes imprescindibles de una economía fuerte.

**IV.5.-** En definitiva, en el estado actual de la regulación nacional e internacional sobre la información de operaciones bancarias, se acentúa y profundiza la diversidad en el tratamiento de las operaciones pasivas y las activas: mientras que aquéllas se mantienen bajo el secreto como principio, éstos se rigen por el principio opuesto de una creciente tendencia hacia la publicidad y la divulgación.

**IV.6.-** El artículo 1ero. de la Ley no constituye una innovación sino que consagra en forma expresa la que había sido interpretación mayoritaria respecto del artículo 25 del DL 15.322: que la información sobre operaciones activas no está incluida en el secreto bancario. Pero cabe puntualizar que ello no significa que los bancos estén habilitados a divulgar en forma libre la información sobre operaciones activas, dado que la misma sigue estando protegida (como lo estuvo siempre) por el secreto profesional, y debe regirse por las normas que regulan dicho instituto, entre ellas, que los bancos podrán revelarla en caso de que consideren que existe “justa causa” para ello.

**IV.7.-** El artículo 2do. de la Ley confiere a toda persona física o jurídica el derecho de solicitar al BCU información sobre operaciones bancarias activas y la existente en su Central de Riesgos, eliminando la asimetría en el acceso a esa información, pues anteriormente sólo estaba disponible para las instituciones de intermediación financiera. En caso de que se cumplan los presupuestos legales, el BCU está *obligado* a brindar la información al requirente, aspecto en el cual no cuenta con discrecionalidad. Si bien la letra de la ley no es clara en cuanto a requerir un interés legítimo de parte del requirente, la intención del legislador fue hacerlo (mediante la remisión a la Ley 17.838) a fin de evitar la utilización de este mecanismo con fines espúreos. El proceso previsto en el art. 2do. para la solicitud de información “centraliza” en el BCU la fuente para obtenerla, pero ello coexiste con la posibilidad –que ya existía anteriormente– de pedirla directamente a los bancos, los que sólo podrán revelarla

177 IRURETA GOYENA, “El Secreto Profesional”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.45, pág. 63.

si existe "justa causa" para ello, por estar amparada por su obligación de guardar secreto profesional. La norma refiere en principio a la posibilidad de pedir información sobre terceros, en la medida que ya la Ley 17.838 (Habeas Data) preveía la posibilidad de solicitarla sobre sí mismos. Las personas que obtienen la información sobre operaciones activas por esta vía, serán responsables por el uso prudente de la misma.

**IV.8.-** Finalmente, los artículos 3ero. y 4to. de la Ley, refieren a la facultad (en este caso potestad discrecional y no obligación) del Banco Central para *divulgar* la información sobre operaciones activas. Como toda potestad discrecional, deberá respetar los límites jurídicos para su ejercicio, que implican que la divulgación dispuesta (contenido, medios, oportunidad, etc.) deberá ajustarse razonablemente al *fin debido* por la Administración en el ejercicio de tal competencia. En este caso, la finalidad debe ser una de las previstas en el artículo 3ero. de la Carta Orgánica del BCU. Y tratándose de una excepción al deber de guardar secreto profesional, el BCU podrá tomar legítimamente su decisión fundada sobre la divulgación, adoptando los criterios sobre la existencia de "justa causa" analizados dentro del instituto del secreto profesional (es decir, que la modalidad de divulgación dispuesta se ajuste razonablemente al fin debido y el interés general contemplado por la ley). La información de los Registros no públicos del BCU que alcanza la norma es, en virtud de la remisión al art. 2do., sólo la que refiere a operaciones activas.

----- o0o -----

## BIBLIOGRAFIA

ADRIASOLA, Gabriel, en *“La Ley 17.948 sobre el Secreto Bancario: ¿pueden los bancos proporcionar información sobre operaciones activas o sólo se puede acceder a ésta a través del Banco Central del Uruguay?”*, en Tribuna del Abogado, No. 149, setiembre/octubre 2006.

ADRIASOLA, Gabriel, *“La Ley de Reforma Tributaria y su sustancial debilitamiento del Secreto Bancario. Una metodología que despreja el Derecho a la Intimidad y al Poder Judicial con fines recaudatorios.”*, en Tribuna del Abogado, enero/febrero 2007, pág. 27 y ss.

ADRIASOLA, Gabriel, *“Secreto bancario y lavado de dinero”*, ediciones Del Foro y Federación Latinoamericana de Bancos, Montevideo, 1997.

AGUIRRE ROSELLO, T., *“El secreto profesional de los bancos”*, en Revista de Derecho Público y Privado, año IV, 1941, No. 33, pág. 163 y ss.

ALBANELL MAC COLL, Eduardo, *“Secreto Bancario”*, en La Justicia Uruguaya, T. 51, Doctrina, pág. 139 y ss.

AAVV, *“El secreto bancario en el Uruguay”* (Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 con los siguiente panelistas: CREIMER, Israel; ADRIASOLA, Gabriel; CERVINI, Raúl; TARIGO, Enrique, OPERTTI BADAN, Didier), Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Mont. 1995.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *“El interés requerido para obtener testimonios de actuaciones administrativas”*, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración T. 65.

CERVINI, Raúl; TARIGO, Enrique, OPERTTI BADAN, Didier), Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Mont. 1995.

BAYARDO BENGOA, Fernando, *“La tutela penal del secreto”* Facultad de Derecho, Montevideo, 1961.

BERGSTEIN, Nahum, *“El Delito de violación del Secreto Bancario”*, FCU, Mont., 1987

BONFANTI, Mario A., *“Contratos Bancarios”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993

BRITO, Mariano, *“De la naturaleza y objeto del control a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”*, en Rev. DJA, T. 73, págs. 55-56.

BRITO, Mariano, *“De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anualtorio”*, en Rev. De la Fac. de Der. y C. Sociales, Año XXIII, No. 3-4.

CAIROLI, Milton, *“Curso de Derecho Penal Uruguayo”* Parte Especial, Tomo III

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *“Invalidez de los actos administrativos. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de Derecho”* Editorial Universidad, Mont. 1984.

CAJARVILLE, Juan Pablo, *“Recursos Administrativos”* FCU, 3era. Edición, Mont., 2000.

CERVINI, Raúl, *“Alcances del secreto bancario en el Uruguay”*, en *“El Secreto Bancario uruguayo”*, AAVV, Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Montevideo, 1996.

CERVINI, Raúl, ADRIASOLA, Gabriel, CLAVIJO, Mariela, *“El secreto profesional frente a la administración tributaria”* B de F Editores, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

CERVINI, Raúl, ADRIASOLA, Gabriel, GOMES, Lux Flavio, *“Lavado de activos y secreto profesional”*, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2002.

DO EGITO COELHO, Wilson, *“Control de informaciones y secreto bancario”*, en *“Cursillo de Derecho Bancario”*, Ed. BCU, Mont. 1981, pág. 193 y ss.

GAMARRA, Jorge Luis, *“El secreto bancario en las operaciones activas”*, en La Justicia Uruguaya, T. 119, Doctrina, pág. 83 y ss.

GARCIA DE ENTRERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, *“Curso de Derecho Administrativo”* T.I, 8va. Ed., Civitas S.A. Madrid, 1997.

GARRIGUES, Joaquín, *“Contratos Bancarios”*, Madrid, 1953.

GONZALEZ, Francisco, *“Basilea II: Retos y oportunidades”* en Curso en Universidad Nacional Menendez Pelayo (UIMP-APIE), Santander, 23 de junio de 2004.

HOLZ, Eva, *“La integración de los sistemas bancarios”*, FCU, Mont., 1997.

IRURETA GOYENA, *“El Secreto Profesional”*, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.45.

LABANCA, Jorge, *« El secreto bancario »*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

LOPEZ ROCA, Elbio J., *“Publicidad y secreto en la Administración Pública”*, en Revista de Derecho Público, Año 2003, No. 24.

- MALAGARRIGA, Juan Carlos, *"El secreto bancario"*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 19705.
- MARIENHOFF, *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo II, Abeledo-Perrot, ediciones Glem S.A., Buenos Aires, 1965.
- OLIVERA GARCIA, Ricardo, *"Manual de Derecho Bancario"*, Ed. IEEM, Mont. 1989.
- PEREZ FONTANA, Sagunto, *"Cuadernos de Derecho Bancario"* No. 1, FCU, Mont., 1992.
- RETA, Adela, *"Derecho Penal"*, 2do. Curso, Tomo IV, FCU.
- RIPPE, Siegbert, *"Secreto bancario"*, ed. FCU, Montevideo, octubre de 2005.
- RIPPE, Siegbert, estudio titulado *"Secretos que obstaculizan el acceso a la información comercial, en particular el bancario"*, realizado en el marco del "Programa de Servicios de Información comercial para PYMES".
- SAYAGUES LASO, *"Tratado de Derecho Administrativo"*, T. I, 6ta. Ed., FCU, Mont. 1988.
- SIENRA ROOSEN, Rodolfo, ponencia "El secreto bancario en Uruguay", presentada en "X Encuentro Latinoamericano de Abogados expertos en Derecho Bancario", Caracas, Venezuela, del 2 al 5 de junio de 1991.
- SOLEY, Sebastián, *"Derecho Penal Argentino"* Editorial La Ley, Bs. As. 1946.
- SOLEY, Jorge y RAHNEMA, Ahmad, en *"Basilea II: más cerca de lo creemos"*, en e-business Center PwC&IESE Business School, Universidad de Navarra, Barcelona, 2004.
- STURLA, Héctor Martín, *"Secreto Bancario"*, nota publicada por la Revista "Mercado y Empresas" de 1983.
- SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, *"El depósito bancario"*, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Mont. 1960.