



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS.”

Tesis previa a la obtención
del título de Abogado

AUTOR:

Luis Fernando Ludeña Pardo

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Gala Stalin Blacio Aguirre Ph. D.

Loja - Ecuador
2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph. D.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que el presente trabajo investigativo del señor **LUIS FERNANDO LUDEÑA PARDO** cuyo título es: **LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS**; ha sido dirigido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Julio del 2015



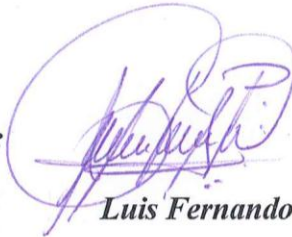
Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph. D.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Luis Fernando Ludeña Pardo declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y a autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma:



Autor: *Luis Fernando Ludeña Pardo*

Cedula: 1103694293

Fecha: Loja, 15 de Julio del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **LUIS FERNANDO LUDEÑA PARDO** declaro ser autor de la tesis titulada: **“LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS”**; como requisito para optar al grado de **Abogado**, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad. La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los dieciséis días del mes de julio del dos mil quince, firma el autor.

Firma:

Autor: Luis Fernando Ludeña Pardo.

Cédula: 110369429-3.

Dirección: Loja, Leopoldo Palacios entre Bernardo Valdivieso y Olmedo.

Correo Electrónico: luisludena18@hotmail.com

Teléfono: 072574734 **Celular:** 0998501924

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph. D.

Tribunal de Grado: Dr. Igor Vivanco Müller, Mg. Sc. (Presidente)

Dr. Renato Aguirre Valdivieso, (Vocal)

Dr. Marcelo Costa Cevallos, Mg. Sc. (Vocal)

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo investigativo, primeramente a Dios por darme la vida y la fortaleza espiritual y física para concluir mis metas académicas, a mi familia por brindarme el apoyo necesario para terminar mis estudios superiores, y por ser el pilar fundamental para alcanzar mis objetivos propuestos y a todas aquellas personas que de una u otra forma ayudaron a conseguir este logro tan importante en mi vida.

El Autor.

Luis Fernando Ludeña Pardo

AGRADECIMIENTO

Con especial aprecio y consideración, agradezco la colaboración de todos quienes aportaron con la información necesaria para la elaboración de esta Tesis de Investigación Jurídica, en especial al Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph. D., Director de Tesis, por su valiosa y acertada dirección en la contribución al desarrollo de la misma, aportando con sus valiosas sugerencias para culminar exitosamente el presente trabajo.

Agradezco a todas las personas que estuvieron siempre apoyándome, de forma especial a mis familiares y amigos que me ayudaron tanto moral y espiritualmente.

A todos muchas gracias.

El Autor.

Luis Fernando Ludeña Pardo

1. TÍTULO:

“LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS”.

2. RESUMEN.

Dentro de los derechos tutelados por la Constitución de la República del Ecuador se encuentra el derecho a la reserva sobre la información personal y el derecho a la intimidad, lo cual ha tenido su repercusión en los diferentes cuerpos legales.

Dentro de las regulaciones legales de reserva o confidencialidad se encuentra la figura denominada sigilo bancario, por el cual los depósitos y captaciones de dinero que sean realizadas en entidades financieras autorizadas por disposición del Art. 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, son de conocimiento exclusivo de los titulares de las cuentas o a sus representantes legales, o a un tercero mediante autorización expresa del titular.

Los depósitos en cuentas bancarias en contexto con la institución procesal civil de retención tienen una íntima relación, ya que dentro de los procesos civiles de cobro es una medida cautelar la retención de los valores de la o las cuentas bancarias del deudor, con la finalidad de garantizar el objetivo del proceso que es cobrar el crédito, lo que incluye capital, intereses, costas procesales y honorarios de la defensa.

En este sentido para la procedencia de la medida de retención se requiere según el Art. 899 del Código de Procedimiento Civil que se justifique con pruebas instrumentales la existencia del crédito, lo cual se cumple con la presentación del título ejecutivo (letra de cambio o pagaré a la orden), y en segundo lugar, que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en mal estado, que no alcancen para cubrir la deuda o que exista riesgo de que puedan desaparecer, ocultarse o enajenarse.

Dentro de los justificativos de los bienes del deudor y en el caso concreto de valores depositados en cuenta se requiere de un **CERTIFICADO DE PROPIEDAD DE LA CUENTA Y DE SALDO ACTUAL** conferida por la institución financiera.

Este requisito por la institución del sigilo bancario es imposible de ser conseguido por el acreedor ya que requerirá de autorización del titular, lo cual en la práctica no se puede lograr, ya que ninguna persona va a conceder una autorización para que le retengan sus cuentas.

Ahora en referencia con los casos de excepción al sigilo bancario que establece la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se encuentran los requerimientos de autoridades de control tales como: Superintendencia de Bancos, Servicio de Rentas Internas, y la Fiscalía y los Jueces que se encuentren en conocimiento de causa.

La legislación que rige el sigilo bancario no ha previsto como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba mediante diligencias pre-procesales de prueba, ya que en este caso los jueces de contravenciones no son jueces de causa, y por tanto el resultado es que se niegue la diligencia pre-procesal debido al sigilo, y en algunos casos que se han dado en que se concede la diligencia pre-procesal, las instituciones financieras niegan la información indicando que el requerimiento no proviene de un juez de causa.

Para que la medida de retención sea efectiva requiere ser solicitada en la demanda, y para ello se requiere la **CERTIFICACIÓN BANCARIA** que actualmente la regulación legal de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero no permite por el sigilo bancario.

2.1 ABSTRACT.

Within the rights protected by the Constitution of the Republic of Ecuador is the right to confidentiality of personal information and the right to privacy, which has had its impact on different legal bodies.

Within the legal regulations of discretion or confidentiality is the figure called bank secrecy, by which deposits and borrowings of money are carried out with financial institutions authorized by provision of Art. 88 of the General Law of Financial Institutions are unique knowledge of account holders or their legal representatives, or third parties by express authorization of the owner.

Deposits in bank accounts in context with the procedural civil institution retention are closely related, as in civil proceedings for recovery is a precautionary measure retention values or bank accounts of the debtor, in order to ensure objective of the process is to charge the credit, which includes principal, interest, court costs and fees of the defense.

In this regard to the origin of the detention is required under Art. 899 of the Code of Civil Procedure is justified by exhibits the existence of credit, which is fulfilled with the introduction of enforceable (bill of exchange or promissory note to order), and secondly, it is proved that the debtor's assets are in poor condition, they are not sufficient to cover the debt or there is risk that they may disappear, hidden or alienated.

Within the supporting of the debtor's assets and in the case of securities deposited into consideration is required of a **CERTIFICATE OF OWNERSHIP AND CURRENT ACCOUNT BALANCE** conferred by the financial institution.

This requirement by the institution of bank secrecy is impossible to be achieved by the creditor as it will require authorization of the owner, which in practice cannot be achieved, since no person will grant permission for you to retain your accounts.

Now with reference to the exceptions to banking secrecy that the General Law of Financial Institutions, are the requirements of supervisory authorities such as: Superintendence of Banks, the Internal Revenue Service and the Prosecutor and the Judges who find knowingly.

Legislation governing bank secrecy has not provided as a case exception to bank secrecy, testing requirements by pre-procedural measures of inquiry, since in this case the judges of offenses are not judges of the facts, and therefore the result is that the pre-procedural due diligence stealth refuses, and in some cases have occurred in the pre-procedural stage is granted, financial institutions deny information indicating that the request is not from a judge cause.

For the detention order to be effective needs to be requested in the application and for this the BANK CERTIFICATION current legal regulation of the General Law of Financial Institutions not allowed by banking secrecy is required.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo al cual lo he intitulado: **“LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS”**, ha sido seleccionado por su relevancia y trascendencia ya que la actual regulación del sigilo bancario, produce serios obstáculos para que los acreedores consigan certificaciones de propiedad de cuenta y saldo actual que pudieren tener sus respectivos deudores en entidades financieras autorizadas.

Por tanto se afecta a una de las principales garantías procesales para el cobro de créditos, como lo es la retención de valores en cuentas bancarias o de ahorros, ocasionando que los acreedores no puedan garantizar el cobro de sus préstamos.

A la figura del sigilo bancario existen ciertas excepciones establecidas en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, esto es principalmente el requerimiento de prueba por parte de Fiscales y Jueces en conocimiento de causa. Pero esta regulación legal no ha contemplado que para la procedencia de figuras jurídicas como la medida cautelar de retención, que puede ser solicitada antes (como diligencia previa) o en la demanda, para garantizar el cobro de un crédito, se requiere de una prueba la existencia de los valores de la cuenta del deudor así como de su saldo, que constante además que esos valores pueden desaparecer u ocultarse por el deudor.

Por tanto para conseguir una certificación bancaria antes de iniciar la demanda se requiere de proponer una diligencia pre-procesal de prueba, petición que en la mayoría de los casos es rechazada por los Jueces de Contravenciones indicando que no son jueces de causas y que por tanto no son competentes para requerir tales pruebas que se encuentran bajo sigilo bancario.

Por tanto la regulación actual de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no permite la obtención de certificados de propiedad de cuenta y saldo,

antes de un proceso judicial, lo cual afecta la figura jurídica de medida cautelar de retención de valores.

El presente trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera, en la revisión de literatura se abordan desde un marco conceptual, doctrinario y jurídico, las definiciones básicas del sigilo bancario, las medidas cautelares y la retención, la regulación jurídica prevista en la Constitución de la República del Ecuador, el Código de Procedimiento Civil, la Ley General de las Instituciones del Sistema Financiero, y un análisis de Derecho Comparado.

En el siguiente apartado se describen los materiales, métodos, procedimientos y técnicas empleadas tanto para la investigación bibliográfica como empírica.

A continuación se exponen los resultados obtenidos en la investigación de campo, los cuales constan con su respectiva interpretación, análisis del autor, cuadro y gráfico estadístico.

Prosigue la presente tesis con el apartado referente a la discusión, conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Espero que el presente trabajo sea una guía y un aporte para la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

El Autor.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Institución Financiera.

Las instituciones financieras son aquellas que se dedican a la actividad de intermediación financiera y al movimiento de capitales captados de los socios o del público, y entre ellas figuran los bancos, cooperativas de ahorro y crédito, cajas de crédito, mutualistas, etc.

4.1.1.1 Banco.

Dentro de las instituciones financieras figuran principalmente los bancos que son definidos por Jeanne Gobat de la siguiente manera:

“Los bancos hacen muchas cosas, pero su función principal es captar fondos — depósitos— de gente con dinero, aglomerarlos y prestarlos a quienes los necesitan. Un banco es un intermediario entre los depositantes (quienes le prestan dinero) y los prestatarios (a quienes les presta dinero). Lo que paga por los depósitos, y lo que cobra por los préstamos que otorga, son en ambos casos intereses.”¹

De la cita transcrita se puede inferir que un banco en primer término es una persona jurídica, constituida con esencial fin de lucro, cuyo objeto de acción es la captación de fondos del público en general con el cual opera como un intermediario financiero, ya que de los depósitos que capta ya sean a la vista o a plazo fijo, generan intereses al depositante, así mismo los fondos causados son utilizados en préstamos que a su vez generan intereses, por tanto existe una ganancia que produce el capital, tanto para la entidad que intermedia financieramente (banco) como para el propietarios de tal capital (depositantes), y a su vez genera un beneficio de financiamiento al prestatario que con el crédito que consigue puede efectuar proyectos de negocios o cualquier otra actividad que con sus solos recursos no podría financiar.

Carlos Sabino indica al respecto que un banco es el:

¹ GOBAT Jeanne, **¿QUÉ ES UN BANCO?**, Publicación en la Revista “Vuelta a lo Esencial”, Marzo del 2012, Pág. 38.

“...Establecimiento que se ocupa de la intermediación financiera. Los bancos son entidades mercantiles que se ocupan de comerciar con el dinero, considerado como mercancía, y por ello reciben y custodian depósitos y otorgan préstamos. La organización y las funciones de la banca moderna dependen del crédito y éste, a su vez, es factible en gran parte gracias al desarrollo del sistema bancario.

Los bancos toman fondos del público y del gobierno y los utilizan para efectuar préstamos a los clientes que los solicitan. El dinero entregado a los bancos queda a disposición de los depositantes a través de las cuentas corrientes en que se asientan los movimientos que éstos hacen, y en las que el dinero puede ser retirado por medio de cheques, órdenes especiales de pago que el banco reconoce. De los fondos así obtenidos el banco separa regularmente sólo una pequeña parte, el llamado encaje, para atender los compromisos que surgen cuando se emiten cheques; el resto queda a su disposición para efectuar préstamos, por los que cobra un interés determinado. De esta manera los bancos cumplen la función de permitir la circulación del dinero en la economía, proveyendo la custodia de las cantidades que los depositantes no necesitan de modo inmediato y entregándolo a quienes requieren de capital para el desarrollo de sus actividades. Así obtienen sus ingresos, con los que costean sus gastos operativos y obtienen ganancias.”²

El autor citado indica que los bancos tienen una naturaleza mercantil es decir la de una entidad jurídica con fines de lucro, que se encarga de dinamizar la circulación de capitales, lo cual tiene una gran importancia no solo económica sino también social, ya que por medio del financiamiento las personas pueden dedicarse o emprender actividades productivas. Por lo general en las instituciones financieras existen las denominadas cuentas de ahorros, pero es una característica esencial de todo banco ofrecer a sus clientes la cuenta corriente, que tiene algunos beneficios que no tiene una cuenta de ahorros, tales como libramiento de cheques, sobregiros, entre otros.

² SABINO Carlos, **DICCIONARIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**, Editorial Panapo, Caracas-Venezuela, 1991, Pág. 79.

4.1.1.2 Cooperativa de Ahorro y Crédito.

Para comprender lo que es una Cooperativa de Ahorro y Crédito es preciso remitirse a su fuente, esto es el cooperativismo, que según Manuel Ossorio es:

*“Desígnase como cooperativismo la tendencia o doctrina favorable a la cooperación en el orden económico y social, que tiene su manifestación en el acercamiento de las personas o de grupos de ellas para la realización de su ayuda recíproca en el cumplimiento y obtención de determinadas finalidades. El cooperativismo alcanza tales fines mediante la formación de sociedades cooperativas o de organismos mutuales, representativos de una forma de cooperativismo.”*³

El cooperativismo es una tendencia de buscar el trabajo conjunto de varias personas, mediante la creación de sociedades cooperativas que puedan efectuar actividades de interés común para los socios.

*“La cooperativa es una sociedad de derecho privado, formada por personas naturales o jurídicas que sin perseguir finalidades de lucro, tienen por objeto planificar y realizar actividades o trabajos de beneficio social o colectivo a través de una empresa manejada en común y formado con la aportación económica, intelectual y moral de sus miembros.”*⁴

La definición que ofrece el autor citado, hace alusión a lo que establecía la Ley de Cooperativas que actualmente se encuentra derogada, ya que actualmente en materia de cooperativas rige la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, en la que se establece un cambio sustancial en la definición jurídica de la cooperativa como una institución que si persigue fin de lucro, ya que ha establecido que existen utilidades (de operaciones con clientes) y excedentes (de operaciones entre socios), teniéndose en cuenta que por regla general las cooperativas solo pueden operar con sus socios, y con el público en general (clientes) cuando reúnen las condiciones para obtener una autorización por parte de la Superintendencia de Bancos.

³ OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, 1era Edición Electrónica, Editorial DATASCAN S.A., Guatemala, Pág.230.

⁴ CHIRIBOGA Luis Alberto, **SISTEMA FINANCIERO**, 1era Edición, Quito-Ecuador, 2007, Pág. 29.

4.1.1.3 Cajas de Ahorro y Crédito.

Otra organización financiera es las denominadas cajas de crédito:

“Son sociedades cooperativas de responsabilidad limitada de capital variable, cuya finalidad es la captación de depósitos y la concesión de préstamos a sus socios y al público a fin de contribuir a su mejoramiento económico, mediante la satisfacción de sus necesidades crediticias y otros servicios financieros, proporcionando así el desarrollo de la localidad.”⁵

Son entidades dedicadas a la actividad crediticia al igual que las cooperativas, pero con la diferencia sustancial de que son de responsabilidad limitada, es decir responden únicamente hasta el monto de su capital social, ya sea frente a obligaciones entre sus socios y con terceros de ser el caso.

4.1.1.4 Mutualistas.

El mutualismo puede ser definido de la siguiente manera:

“...el mutualismo constituye una forma colectiva de organización social para conseguir, en común, fines que no se pueden lograr individualmente, sino mediante el esfuerzo y los recursos de muchos. A la organización que resulta - la mutualidad- le corresponde hacerse cargo de las consecuencias negativas de la consumación de los riesgos a cada uno de los socios en particular, siempre que todos ellos contribuyan solidariamente a soportar los efectos negativos de los riesgos posibles a otros miembros. La actividad aseguradora necesita un número suficiente de socios para que se produzca la imprescindible dilución de los riesgos que asume la organización voluntaria.”⁶

La característica esencial del mutualismo es la responsabilidad de los socios en soportar los efectos negativos del proyecto que se han propuesto lograr, es decir en un ejemplo de una mutualista de vivienda, cualquier saldo negativo es sobrellevado con el aporte de todos los socios.

⁵ DOSSIER, **DICCIONARIO DIOSER CORPORATIVO**, FEDECREDITO, 2005, Pág. 7.

⁶ SOLÁ Pere, **EL MUTUALISMO Y SU FUNCIÓN SOCIAL: SINOPSIS HISTÓRICA**, CIRIEC-España Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2003, Pág. 177.

4.1.2 El Sigilo Bancario.

Marcia Muñoz acerca del sigilo bancario indica:

“Con respecto a las relaciones de confidencialidad y la presencia del respeto al secreto, de hecho, algunos teóricos han pensado que la evolución de las sociedades está marcada por el reconocimiento del Estado en garantizar ciertos aspectos de la vida de los ciudadanos en forma restringida; marcando algunas características a las relaciones sociales e individuales; así es como surgen las situaciones de no revelación de la información o a la confidencialidad, característica en las profesiones liberales, de donde el secreto bancario es una especie de aquel secreto profesional que habrán de guardar quienes ejerzan estas funciones.”⁷

Jurídicamente los Estados ha tendido siempre ha tutelar el derecho a la intimidad y a la reserva de varios aspectos de la vida de los ciudadanos, lo cual se ha reflejado especialmente en el denominado secreto profesional, por el cual el profesional no puede revelar asuntos personales de sus clientes, esto es el sigilo bancario que es un secreto profesional entre el Banco o entidad financiera y sus clientes o socios dependiendo del caso.

Juan Carlos Malagarriga define al sigilo bancario como:

“...la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a los clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.”⁸

De la cita precedente se determina el objeto de protección del sigilo bancario, el cual recae sobre las operaciones, convenios y transacciones de índole financiero de los cuales la entidad financiera es depositario de secreto o sigilo.

Alejandro Vergara indica que:

⁷ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO Marcia, **SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA: REVELACIÓN DEL SECRETO BANCARIO**, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México, Pág. 1.

⁸ MALAGARRIGA Juan Carlos, **EL SECRETO BANCARIO**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1970, Pág. 30.

“...el Secreto Bancario es aquella institución en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva y ocultación de todos los antecedentes de sus clientes y que hayan conocido como consecuencia de éstas. Esta obligación cesa ante los mismos clientes u otras causas legales.”⁹

Al secreto o sigilo bancario existen algunas excepciones, las cuales se las puede clasificar en dos grupos, las primeras de carácter convencional entre la entidad financiera y el cliente o socio, especialmente terminación de los contratos de cuenta corriente o cuentas de ahorro o cualquier otra modalidad que haya estado operando; las segundas son de orden legal, si bien el sigilo bancario es oponible ante terceros, existen excepciones ante los requerimientos de autoridades competentes y de control como indicaré más adelante.

4.1.3 Medidas Cautelares.

Augusto Morello define a las medidas cautelares de la siguiente manera:

“Decimos medida cautelar, porque no nos parece adecuada la distinción que han hecho los internacionalistas entre medidas cautelares y medidas provisionales, provisorias o de urgencia, todas ellas características de aquellas. Esto es que no responden a nuestro juicio, a una distinción científica.”¹⁰

Las medidas cautelares son providencias judiciales de carácter preventivo con las que se asegura la finalidad del proceso, especialmente de la pretensión del actor.

Dentro de la doctrina se han diferenciado dos tipos principales: las medidas cautelares de carácter personal que tienden a obligar a la persona al cumplimiento de una obligación o deber jurídico, tales como el apremio personal, arraigo, prohibición de salida del país, en materia penal medidas alternativas como la presentación periódica ante la autoridad competente, y la conocida prisión preventiva.

⁹ VERGARA BLANCO Alejandro, **EL SECRETO BANCARIO: SOBRE SU FUNDAMENTO, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1990, Pág. 18.

¹⁰ MORELLO Augusto-VÉSCOVI Enrique, **LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA: VALOR SUPREMO DEL PROCEDIMIENTO, EN EL ÁREA DE LA CAUTELA**, Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nro. 4, 1984, Pág. 543.

La otra categoría de medidas cautelares, es la de carácter real, es decir las que se ejercen sobre bienes o patrimonio de los procesados, principalmente para garantizar el pago de obligaciones pecuniarias, indemnizaciones y costas, entre estas están: la retención, el secuestro y la prohibición de enajenar.

Es preciso aclarar que el embargo no es una medida cautelar, sino una medida de ejecución es decir de coerción para obtener el cumplimiento de lo juzgado.

Enrique Falcón indica al respecto:

“...son actos procesales del órgano jurisdiccional, adoptados en el decurso de un proceso de cualquier tipo, o previamente a él, a pedido de los interesados, o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo que puede no ser definido. La medida cautelar es una garantía jurisdiccional de la persona o de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces.”¹¹

Las medidas cautelares tienen diferentes finalidades, en su función esencial está la de prevenir un peligro inminente al derecho que el actor pretende en su demanda sea reconocido (juicio de conocimiento) o sea obligado a su cumplimiento (juicio de ejecución), así mismo prevenir que el deudor o emplazado pueda mediante acciones de índole fraudulento perjudicar a sus acreedores.

Incluso en procesos penales las medidas cautelares tienen varias finalidades, entre las cuales están garantizar la finalidad de proceso, que es el ejercicio del poder punitivo, así como establecer el resarcimiento de daños y perjuicios, así como la reparación integral a la víctima.

4.1.3.1 La Retención.

Para comprender lo que es la retención es preciso indicar lo que indica Luis Diez-Picazo:

¹¹ FALCÓN Enrique, **GRÁFICA PROCESAL**, Tomo IV, 2da Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, Págs. 14 y 15.

“En términos generales, y sin perjuicio de los matices precisos a la luz de cada ordenamiento jurídico, el derecho de retención puede conceptuarse como la facultad que ostenta el legítimo poseedor de un bien ajeno para, llegado el momento en que debe restituirlo a quien corresponda, retenerlo en su poder en tanto no se le satisfaga el crédito del que es titular por razón del bien poseído.”¹²

Es preciso efectuar una distinción entre lo que consiste el derecho de retención y la medida cautelar de retención judicial, en primer término, el derecho de retención es un derecho reconocido a quien posee un bien de un deudor, que lo retiene para hacer efectivo su crédito, un ejemplo son por ejemplo que una persona le adeude el pago de hospedaje al dueño del hotel, y este retenga bienes del deudor para hacer efectivo su crédito, pero hay que indicar que no es un derecho de prenda, ya que este último nace la convención.

Ahora en cambio la medida de retención judicial es una disposición judicial a un tercero que posee algunos bienes muebles del deudor, para que los custodie y no los entregue sin disposición de autoridad competente.

Por otro lado la retención debe ser ordenada en un juicio contencioso o en una diligencia previa.

La retención es una medida judicial que se dispone sobre bienes muebles que están en poder de un tercero, a quien la autoridad judicial le impone que custodie los bienes muebles y que solo se encuentran a disposición de la autoridad.

Generalmente se la dicta sobre caudales de dinero y por tanto sobre capitales bancarios.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 Origen y Evolución del Sigilo Bancario.

Desde la antigüedad, el tema del sigilo bancario ha sido considerado como parte de la actividad del banquero, razón por la cual los principales sistemas jurídicos del

¹² DÍEZ-PICAZO Luis, **FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**, Vol. II, 6ta Edición, Editorial Thomson-Civitas, 2008, Pág. 474.

mundo, han visto la necesidad de reconocer la figura del secreto bancario ya sea con mayor o con menor amplitud, claro está, basándose en las políticas internas de cada país.

Los templos antiguos en un inicio fueron los antecedentes de nuestros modernos bancos; nacieron como cajas de depósito, e hicieron de esta actividad su primordial misión como bancos. Posteriormente y como consecuencia de los muchos depósitos que ahí recibían se puso en práctica el préstamo.

Del papel jugado por los templos en el surgimiento de las instituciones bancarias se puede inferir una serie de importantes consecuencias. La inviolabilidad de estos lugares, el respeto espontáneo o forzado según el caso, a la divinidad que representa, va a proyectarse en el conjunto de actividades que se llevan a cabo en su seno y por tanto, a las bancarias; como resultado, los rudimentarios negocios bancarios heredaron un carácter que, adecuándose a las múltiples y cambiantes circunstancias históricas, ya no le abandonarían jamás: el silencio, su obligado desconocimiento para los terceros; en otros términos, su envoltura en un hábito de discreción, de la que actualmente es fiel exponente la figura del secreto bancario.

“En los templos, los negocios bancarios se colocaron bajo la protección de los dioses, testigos de su nacimiento. Esto condujo a que las operaciones bancarias se llevaran en buen término entre banqueros y sin la interferencia o participación de elementos exteriores.

Es así como la intervención de los sacerdotes marcó el inicio en la custodia y puesta en circulación de todas las operaciones por ellos realizadas, la dimensión de secretas debida a la discreción propia de los sacerdotes.”¹³

Para la edad moderna en el año de 1515, el Papa León X dictó una bula que fortaleció la institución del secreto bancario al insistir en la obligación del secreto que tenían los funcionarios de los montes de piedad fundados y desarrollados para ejercer el préstamo sin interés.

¹³ CAZORLA Luis María, **EL SECRETO BANCARIO**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, Pág. 34.

Continuando en Francia, Luis XIII en el año de 1639, promulgó un decreto en el que se resaltaba la importancia para las finanzas y el comercio, de la discreción y reserva de las actividades de la banca.

Entre el año de 1650 y 1700, aparece en los estatutos de los bancos alemanes, prusianos y suecos la obligación de sus funcionarios de guardar absoluta reserva, respecto a los negocios de sus clientes y del banco.

Hasta llegar al verdadero sentido del secreto bancario tal como se concibe hoy, aparece en Francia en 1706 en la “GRANDE ORDENNANCE SUR LE COMMERCE”; posteriormente en 1724 una sentencia del Consejo que establecía una bolsa en París decía: los agentes de cambio no podrán mencionar en ningún caso a las personas que les hayan encargado negocios a las que tendrán que guardar un secreto inviolable, y deberán servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación.

En el año de 1765, los estatutos de la KÖNIGLICHE GIRO-UND LEHN-BANKO de Berlín dieron por primera vez su referendo legal y una protección penal al secreto profesional, derivado de una relación de confianza.

En 1846 se promulgó la ordenanza prusiana sobre bancos y en su Art. 113 apareció por primera vez una norma escrita expresa que utilizaba el término secreto bancario.

Con el correr del tiempo Suiza ha sido considerada como la precursora del secreto bancario moderno, por ser uno de los pocos países donde su violación está considerada como una ofensa criminal. En 1934 el secreto bancario era histórico y reconocido en el Código Legal de todo país, la diferencia enorme entre el secreto bancario común y el tutelado en el Código Helvético promulgado en 1934 consistió en que el secreto suizo se escribió en la ley penal y fue aplicado específica y deliberadamente a todo el gobierno.

Regulando condiciones civiles, confirmado en sentencias o recogido por la costumbre el secreto bancario se encuentra presente en la actualidad en la actividad financiera de la mayoría de naciones del mundo. El derecho bancario a través de la historia ha venido transformando las modalidades a través de los contratos, con los

avances económicos y financieros. Los sistemas bancarios para garantizar la confidencialidad de las relaciones que establecen con sus clientes. La necesidad de establecer como fundamento en la actividad bancaria lo que conocemos como el sigilo bancario.

4.2.2 Teorías en las que se funda el Sigilo Bancario.

Respecto del aspecto doctrinal que dio origen al sigilo bancario, se pueden determinar principalmente tres corrientes: a) Teoría respecto al uso, b) Teoría respecto del contrato, y c) Teoría respecto del Secreto Profesional.

4.2.2.1 Teoría respecto al uso.

En cuanto a la teoría respecto al uso Pérez Escobar indica:

“...se ha venido considerando tradicionalmente por la doctrina, que el secreto acerca de las respectivas operaciones, es principio inherente al tráfico propio de los establecimientos bancarios, hasta el punto de si no existiera tal garantía a favor de las personas que contrata con los bancos, es obvio que no afluirían hacia éstos los importantes medios de riqueza que normalmente nutren su cifra de recursos...”¹⁴

Esta teoría se funda en la costumbre bancaria, en la que por las cuantiosas transacciones y capitales de sus clientes, los bancos han venido utilizando protocolos de reserva respecto de sus transacciones, tanto por seguridad bancaria y por seguridad del cliente, además es preciso tener en cuenta que la reserva bancaria es una técnica para atraer más clientes y que la entidad financiera tenga un alto índice de liquidez para la consecución de sus fines.

Al respecto Fernando Sánchez indica que:

“...éste nació y se desarrolló esencialmente como Derecho consuetudinario.”¹⁵

¹⁴ Pérez Escobar citado por LASANTA DE LA PEÑA J., **EN TORNO AL SECRETO BANCARIO**, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Núm. 135, 1978, Pág. 765.

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO Fernando, **PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL**, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006, Pág. 57.

El derecho consuetudinario se funda en la costumbre, que es la repetición generalizada de una conducta en un grupo social determinado por un tiempo considerable, generalmente diez años.

Para Giacondo Molle es:

“...un uso tradicional y universalmente observado por la banca de mantener reserva sobre los negocios del cliente y, en general, sobre sus relaciones con el público.”¹⁶

El sigilo es una práctica consuetudinaria que como bien indica el autor citado, radica en las necesidades de la reserva de la banca privada en sus transacciones con sus clientes, en un principio por seguridad de los fondos captados y por el bienestar satisfacción de los clientes.

4.2.2.2 Teoría respecto al contrato.

Respecto del contrato Guillermo Cabanellas hace alusión al contrato de depósito:

“...Como substantivo, la persona que recibe una cosa ajena con la obligación de cuidarla y restituirla cuando le sea pedida legítimamente. Quien cuidada de caudales de una depositaria...”¹⁷

Por lo que a diferencia de la teoría del uso, el sigilo bancario puede tener una connotación convencional o contractual derivada de los efectos jurídicos del depósito, ya que el depositario de caudales tiene el deber de la custodia de los bienes lo que conlleva a la no divulgación a terceros por razones de seguridad.

“Es claro, por tanto, que el secreto bancario no constituye un límite oponible, por sí mismo, frente a tales deberes de colaboración (...), a través de la protección del derecho a la intimidad de los clientes, se consiga una cierta confidencialidad de los datos bancarios.”¹⁸

¹⁶ MOLLE Giacondo, **MANUAL DE DERECHO BANCARIO**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1977, Pág. 31.

¹⁷ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo I, Editorial Heliasta, Argentina, 1976, Pág. 623.

¹⁸ SESMA SÁNCHEZ Begoña, **LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA**, Editorial Aranzadi, España, 2001, Pág. 187.

Desde una perspectiva contractual el sigilo es una obligación de abstención de divulgación de la información de las operaciones financieras a terceros, pero las obligaciones contractuales no tiene un rango legal, esto aclarando que son teorías del sigilo bancario, pero que en nuestra realidad las costumbres influyen en las convenciones y luego forman parte del derecho positivo.

4.2.2.3 Teoría respecto al secreto profesional.

La tercera teoría del sigilo bancario es la que se basa en el secreto profesional, que ha decir de Rafael Jiménez de Parga:

“La primera naturaleza posible del secreto bancario no es otra que constituir un deber moral. Es decir, el Banco debe moralmente no revelar secretos de sus clientes debido a dos razones. Por un lado para defender los intereses del cliente que no puede interesarle la exteriorización de su situación patrimonial. Y por otro lado, en interés propio; es decir, para salvar su propia reputación...”¹⁹

Todo acto que se considera como probo o correcto, se basa en su noción del cumplimiento de las premisas de lo que socialmente se considera como moral o ético, el primero de estos términos se refiere al fuero interno de la persona o lo que es lo mismo a su conciencia, pero el segundo término son normas de correcto ejercicio de determinada profesión u oficio.

En este contexto, todas las profesiones liberales tienen sus principios rectores en cuanto a ética, y uno de ellos es la reserva o confidencialidad de los asuntos que traten con sus clientes, lo cual incluye obviamente a las instituciones financieras.

“El secreto bancario es una clase de secreto profesional, cuyo fundamento más importante debe buscarse en la protección a la intimidad.”²⁰

De lo transcrito se puede manifestar que el derecho a la intimidad que el mundo financiero conlleva la protección de ciertos aspectos de las operaciones y

¹⁹ JIMÉNEZ DE PARGA Rafael, **EL SECRETO BANCARIO EN EL DERECHO ESPAÑOL**, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 113, España, 1969, Pág. 384.

²⁰ ADÁN NIETO Martín, **LA CONTRATACIÓN BANCARIA (OBRA COLECTIVA)**, Editorial Dykinson, Madrid-España, 2007, Pág. 370.

transacciones de los clientes, especialmente situación financiera, montos de capital disponible, situación crediticia, aunque esto último a nivel de entidades financieras es conocido por el denominado actualmente Buró de Créditos que asumió las competencias de la ahora extinta Central de Riesgos.

4.2.3 El Sujeto Activo en el Sigilo Bancario.

El sujeto activo del sigilo bancario es la persona que puede exigir el deber de abstención de divulgación de la información, en otras palabras es la persona a quien corresponde la información, generalmente es el titular, el beneficiario o el depositante, ya que existen varias modalidades de transacciones financieras y todas ellas están sujetas a sigilo.

El sujeto activo del sigilo bancario es por otro lado la persona quien puede solicitar la información, y ello incluye también a los representantes legales o mandatarios, y las autoridades competentes y de control, aclarando que estas últimas no son sujetos del sigilo bancario, pero tienen potestad legal y jurisdiccional para acceder a información financiera en determinados casos expresamente establecidos por la ley.

4.2.4 El Sujeto Pasivo en el Sigilo Bancario.

El sujeto pasivo del sigilo bancario es el obligado a guardar la reserva o confidencialidad, en otras palabras es la entidad financiera.

4.2.5 Características de la obligación de guardar Sigilo Bancario.

La obligación de guardar sigilo bancario tiene algunas características esenciales que son:

4.2.5.1 De no hacer.

Jesús de la Fuente indica que:

“...el límite puesto por una voluntad jurídicamente autorizada a la cognoscibilidad de un hecho o una cosa, de modo que estén predestinados a

permanecer ocultos a toda persona distinta del depositario, o al menos, de aquellos a quienes no los revele quien tiene poder de hacer desaparecerlos”²¹

La obligación de guardar sigilo bancario es una abstención o de no hacer, por lo que el obligado a guardar la reserva bancaria es la entidad financiera, la que debe evitar la divulgación de esta información especialmente prevenir que dicha información pueda ser conocida por personas que puedan hacer un uso indebido de la misma o que puedan incurrir en acciones ilícitas en contra del cliente y de la misma entidad.

Jorge Labarca al respecto menciona:

“...un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales.”²²

El tratadista indica que el sigilo bancario es un deber de cargo de los bancos, lo cual hace una diferencia con las anteriores transcripciones en las que los autores indican que es una obligación de abstención.

Doctrinariamente existen diferencias substanciales entre los deberes y las obligaciones, los primeros son impuestos a todas las personas es decir su efecto es erga omnes (oponible ante todos) tal como el caso del deber de respetar la vida o la propiedad ajena, pero una obligación es un vínculo entre personas determinadas que puede tener su origen en la disposición legal, contractual, cuasicontractual, cuasidelito o delitos.

Por tanto comparto el criterio de que el sigilo bancario es una obligación negativa o abstención ya que se origina entre personas determinadas como lo son la entidad financiera (banco, cooperativa, mutualista, etc.) y el cliente o socio (persona que efectúa los depósitos y ha contratado con la entidad financiera en las diversas modalidades legalmente permitidas).

Juan Pinto Lavín manifiesta que:

²¹ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ Jesús, **TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL**, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000, Pág. 127.

²² LABARCA Jorge, **EL SECRETO BANCARIO**, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires-Aires Argentina, 1968, Pág. 23.

“...la obligación que tienen los bancos de mantener en reserva las informaciones que han obtenido sobre sus clientes en las relaciones propias de su actividad y que no pueden revelar a terceros sin autorización.”²³

Esta obligación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se regula por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y por otros cuerpos que igualmente establecen el sigilo bancario, el mismo que es de cumplimiento obligatorio bajo prevenciones de sanciones legales, excepto en ciertos casos que analizaré en el marco jurídico de la presente tesis.

4.2.5.2 Indeterminada en el tiempo.

El deber del sigilo bancario no está supeditado a un plazo ni legal ni convencional, al ser un secreto profesional, el banco o entidad financiera no puede divulgar esa información ni siquiera en el caso de que los contratos, operaciones o transacciones con sus clientes hayan cesado.

4.2.5.3 General frente a terceros.

Dentro del secreto profesional Bancario se encuentran: *“primero, las cifras de balances, negocios, estados de cuenta y demás datos que tenga el banco y sus clientes; segundo, datos sobre las operaciones entre sí, en su conjunto o parcialmente; tercero los hechos conocidos con motivos de las operaciones; cuarto, los datos de carácter moral perceptibles a través de las operaciones practicadas, y quinta, la opinión misma que tenga el banco sobre su cliente.”²⁴*

Bueno respecto de esto, considero que es preciso indicar que la obligación de guardar sigilo es una abstención exigible a la entidad financiera, pero esta abstención tiene un efecto oponible a terceros, es decir ninguna persona no autorizada no puede acceder a esta información y ante cualquier tipo de intromisión el banco debe garantizar la obligación de guardar el sigilo (reserva o confidencialidad) respecto de la información de su cliente, salvo el requerimiento de autoridad competente o autoridad de control.

²³ PINTO LAVIN Juan, **SECRETO BANCARIO**, Régimen Legal, Editorial Patmos, Santiago de Chile, 1980, Pág. 59.

²⁴ RODRIGUEZ Joaquín, **DERECHO BANCARIO**, Editorial Porrúa, México, 1964, Pág. 62 .

4.2.6 El Sigilo Bancario y el derecho a la intimidad personal.

En el presente marco doctrinario se ha analizado las teorías del origen del sigilo bancario, pero desde la perspectiva de la dogmática jurídica es preciso indicar que las garantías primarias y secundarias, giran en función de la protección de derechos fundamentales o legalmente reconocidos, así las garantías primarias establecen deberes y obligaciones (como el sigilo bancario), mientras que las garantías secundarias son mecanismos jurisdiccionales para la reparación o tutela de los derechos ante vulneraciones, es decir son los procesos establecidos para la tutela de los derechos de los ciudadanos, en el caso del sigilo bancario el derecho protegido es el derecho a la intimidad personal.

Jaime Sepulveda respecto a la intimidad personal expresa que es:

“...el derecho que permite al individuo desarrollar su propia vida privada, con el grado mínimo de interferencia, libre de perturbaciones que le ocasionen las autoridades públicas y otros individuos, estén o no investidos de autoridad.”²⁵

Esta prerrogativa fundamental es reconocida como la garantía de que ciertos aspectos de la vida personal, familiar, religiosa, etc., permanecerán en secreto o reserva lo que incluye actualmente que solo puedan ser solicitadas por el titular de la información o por una tercera persona autorizada por el titular, por medio de orden judicial y esto es materia principal de la presente tesis que explicaré en los siguientes apartados y de manera minuciosa en el marco jurídico.

“...configurándose el secreto como una defensa de lo íntimo, aunque sea económico del ciudadano...”²⁶

Como indica el autor citado, el sigilo bancario es una obligación de reserva de la información que debe cumplir la entidad financiera, que protege esencialmente derechos económicos.

²⁵ GONZALEZ SEPULVEDA Jaime, **EL DERECHO A LA INTIMIDAD PRIVADA**, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972, Pág. 56.

²⁶ Ob. Cit., CAZORLA Luis María, **EL SECRETO BANCARIO**, Pág. 82.

4.2.7 La Finalidad de la Medidas Cautelares.

Dentro de la doctrina se han determinado tres finalidades de las medidas cautelares, la primera es la finalidad conservativa, la segunda la finalidad anticipativa, y la tercera la finalidad innovativa, cada una con criterios y puntos de vista propios que a continuación indico:

a.- Finalidad Conservativa.

Las medidas cautelares tienen una finalidad procesal, la cual se puede determinar de la definición que da la Real Academia de la Lengua Española, la misma que indica que cautelar tiene el siguiente significado: “...*precaer, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo.*”²⁷

El carácter cautelar es siempre de connotación preventiva, es decir de prever un riesgo inminente que pueda perjudicar algún derecho aunque este sea litigioso o como lo denomina la doctrina res dubia.

Jurídicamente hablando dentro de todo proceso existen dos exigencias opuestas que como indica Piero Calamandrei:

*“Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien o mal, se resuelva más tarde con la ponderación, en las reposadas formas del proceso.”*²⁸

La primera exigencia es la de brindar una administración de justicia rápida, y la otra la lograr una administración de justicia proba e idónea, lo cual siempre ha conllevado a un punto de contradicción o por decirlo de ambigüedad, esto es una justicia rápida sacrifica la resolución de fondo es decir la calidad de las decisiones judiciales, y una justicia lenta si bien garantiza una resolución adecuada, no brinda un servicio

²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, 21ª Edición, Tomo V, Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid-España, 1992, Pág. 1095.

²⁸ CALAMANDREI Piero, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES**, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires-Argentina, 1945, Pág. 45.

oportuno a los justiciables, por lo que las medidas cautelares logran un equilibrio procesal, pues por un lado garantizan la celeridad en la precautela del derecho o interés que se persigue procesalmente, para dejar que la resolución de fondo o principal se dicte después.

Catena Moreno manifiesta que:

“...la existencia de las medidas cautelares reales en el proceso penal se justifica por la condena en costas, o porque el delito sea de los que llevan aparejada la pena de multa, o, por último, como consecuencia de la acumulación de la pretensión civil restitutoria o indemnizatoria a la pretensión punitiva dentro de aquel...”²⁹

Las medidas cautelares son providencias preventivas que tiene por la finalidad de prever que la finalidad del proceso se frustre, en este orden de ideas las medidas cautelares han sido establecidas en distintas materias o ramas jurídicas, especialmente en materia civil que es una disciplina indemnizatoria de daños y perjuicios, pero también en materia criminal o penal, existen medidas cautelares tendientes a garantizar la inmediación del procesado al proceso (presentación periódica, prisión preventiva, etc.), así como de garantizar la reparación de los daños causados por el presunto ilícito.

b.- Finalidad Anticipativa.

Esta segunda finalidad de las medidas cautelares según Juan Marín González parte de la siguiente noción:

“Dos son las ideas matrices que destacan de esta construcción: (i) en primer lugar, las medidas cautelares sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor. (ii) En segundo término, las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, esto es, pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa. Sobre estas dos ideas, repito, se ha elaborado todo el edificio dogmático de la tutela cautelar en el país.”³⁰

²⁹ MORENO Catena, **EL PROCESO PENAL**, Vol. II, Valencia-España, 2000, Pág. 1.778.

³⁰ MARÍN GONZÁLEZ Juan Carlos, **MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL**

En este punto es preciso diferenciar que por una parte la finalidad conservativa se sustenta en la prevención un riesgo o peligro que podría frustrar la finalidad del proceso, así como en caso de que se llegare a una sentencia declarativa del derecho o que ordena el cumplimiento de alguna obligación o indemnización, se vea inutilizada por actos que el demandado ejerza en contra del actor, inclusive mediante medios fraudulentos, un ejemplo claro es la insolvencia fraudulenta, es decir el deudor se despoja de su patrimonio con el objeto de evitar el cumplimiento de su obligación, por tanto desde el punto de vista conservativo las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, entre las cuales destacan principalmente la prohibición de enajenar, la retención y el secuestro.

Pero a más de la connotación patrimonial, existen derechos que se pretenden mediante el ejercicio de la acción procesal, que escapan de la órbita del ámbito patrimonial, y en este punto es preciso hacer énfasis en la tutela de derechos fundamentales y de carácter personalísimo, en cuyo caso las medidas cautelares a más de las de carácter patrimonial se encuentran en otro nivel diferente que a continuación explico.

Piero Calamandrei sostiene que:

“...precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.”³¹

Aquí surge un punto de contradicción entre la teoría de la finalidad conservativa y la teoría de la finalidad anticipativa, por un lado la primera sostiene que el fin es evitar un peligro de frustración del proceso y su contenido es netamente o por lo general patrimonial, y a su vez excluye que el juez decida anticipadamente sobre la cuestión de fondo.

La finalidad anticipativa tiene por característica esencial y que la diferencia notablemente de la finalidad conservativa, el dar una resolución sobre el asunto

CHILENO, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Chile, Pág. 307.

³¹ Ob. Cit., CALAMANDREI Piero, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES**, Págs. 58 y 59.

principal, pero de carácter provisional, esto se puede apreciar en procesos que tutelan derechos diferentes a los de contenido patrimonial, por citar un ejemplo, el derecho de alimentos que se tutela en nuestra legislación ecuatoriana mediante un trámite especial, en el auto de aceptación se dispone ya una pensión alimenticia provisional, en este caso se dispone provisionalmente sobre la pretensión principal, pero esta medida se encuentra supedita a la existencia de los presupuestos procesales que se decidirán en la resolución definitiva, ya que en el caso de que se determine que no existe vínculo de filiación, la resolución definitiva rechaza la demanda y con ello caduca o se extingue la medida provisional.

c.- Finalidad Innovativa.

La tercera finalidad es la innovativa la cual según Robert Sharpe:

“...se puede afirmar que las medidas cautelares pueden cumplir dos fines: conservativos, por una parte, e innovativos, por la otra.”³²

La finalidad innovativa consiste en una medida cautelar que propende a la protección de la prueba material, que servirá de base de la resolución del asunto principal del juicio, tal como la cadena de custodia es una medida que propende a asegurar los indicios, evidencias y elementos de convicción en un proceso penal, de que sufran algún tipo de alteración o desaparición, con lo cual se garantiza la legalidad y autenticidad sobre los medios de prueba que se actúen en la audiencia de juzgamiento.

Por tanto la finalidad innovativa consiste en evitar la alteración de las cosas sobre las cuales recae el conocimiento del juicio.

4.2.8 Características de las Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares tienen las siguientes características:

a.- Provisionalidad.

Calamandrei indica que las providencias cautelares tienen:

³² SHARPE Robert, **INJUNCTIONS AND SPECIFIC PERFORMANCE**, Editorial de la University of Toronto, Toronto-Canadá, 1983, Pág. 4.

“...un carácter distintivo de las providencias cautelares es su provisoriedad, o sea la limitación de la duración de sus efectos (...) propios de estas providencias. Las mismas difieren (...) de todas las otras providencias jurisdiccionales no solo por la cualidad de sus efectos, sino por su cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos (...)”³³

La provisionalidad radica en que las medidas cautelares tienen una duración limitada en el tiempo, es decir mientras dure la circunstancia que las genera, lo cual es que el riesgo que podría afectar la finalidad del proceso.

Una vez que desaparezca la causa que dio motivo a la medida cautelar, la misma debe cesar, y en este contexto también es preciso mencionar a las medidas contracautela, es decir formas en que el accionado puede hacer cesar la medida cautelar, esto es rindiendo una fianza o garantía suficiente para cubrir con la pretensión del actor, en cuyo caso se dejaría sin efecto la medida cautelar, ya que existe otra garantía para cumplir con la pretensión del actor.

b.- Accesoriedad.

Carnelutti indica que:

“La medida cautelar sería aquel que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso.”³⁴

En este contexto es preciso indicar que existe una diferencia entre una providencia cautelar dictada en un juicio de conocimiento o de ejecución, y una acción independiente y previa de índole cautelar, que tiende a garantizar la finalidad de otro proceso principal.

El carácter de accesoria viene determinada por la existencia supeditada a un derecho o proceso principal, es decir si el asunto principal se soluciona también cesan o caducan las medidas cautelares, es decir, si por ejemplo en un juicio ejecutivo de cobro de dinero, se ha dictado como providencia preventiva o cautelar la prohibición de enajenar sobre un bien raíz, solucionada por pago la obligación materia principal

³³ Ob. Cit., CALAMANDREI Piero, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES**, Págs. 31, 36 y 37.

³⁴ CARNELLUTI F., **INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL**, Tomo I, Editorial Egea, Pág. 86-87.

del juicio, la medida cautelar pierde su razón de ser y por tanto se extingue, claro obviamente por disposición de la autoridad judicial que la ordenó.

c.- Flexibilidad.

Juan Montero Aroca indica que:

*“las medidas cautelares son variables, es decir, pueden ser modificadas e incluso suprimidas según el principio rebus sic stantibus, cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron.”*³⁵

Las medidas cautelares son flexibles lo que equivale que no son una regla estricta, ya que el juzgador puede sustituir la medida cautelar en función de la relevancia del derecho o fin procesal que tutela.

Ramiro Podetti indica al respecto: *“Ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse.”*³⁶

A más de que las medidas cautelares tienen por fin el prevenir el acontecimiento de un peligro que pueda desvanecer la finalidad del proceso, tiene una contraparte que debe ser analizada, esta es que la medida cautelar debe en lo posible ser lo menos gravosa o perjudicial para el demandado, por tanto las circunstancias en las que se dictó la medida cautelar pueden variar, por indicar un ejemplo, si en un juicio ejecutivo por cobro de dinero de una cuantía de dos mil dólares, se ha solicitado una prohibición de enajenar sobre un bien inmueble avaluado en doscientos mil dólares, la medida es excesiva para el monto reclamado, pero si esta solicitada en la demanda se ordenará en el momento procesal de aceptación a trámite, pero si cambian las circunstancias y el actor solicita que se retenga dinero depositado en cuenta bancaria del deudor, obviamente la autoridad judicial puede solicitar que se levante la medida de prohibición de enajenar, si se logra efectuar la medida de retención que es menos gravosa y permitiría en caso de ejecución satisfacer la necesidad del acreedor.

³⁵ MONTERO AROCA Juan, **TRABAJOS DE DERECHO PROCESAL**, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1988, Pág. 434.

³⁶ PODETTI Ramiro, **DERECHO PROCESAL CIVIL COMERCIAL Y LABORAL**, Tomo IV, Tratado de las Medidas Cautelares, EDIAR S.A. Editores, Buenos Aires-Argentina, 1956, Pág. 25.

d.- Instrumentalidad.

Respecto de la instrumentalidad el autor Oswaldo Pacheco Rojas indica lo siguiente:

“...las medidas cautelares son instrumentales, en tanto son creadas para asegurar un hipotético cumplimiento de otra resolución que puede ser dictada con posterioridad. En este sentido, las medidas cautelares son un instrumento al servicio de la sentencia definitiva.”³⁷

El carácter de instrumentalidad de las medidas cautelares radica en su aspecto de finalidad de servir de una garantía de la sentencia definitiva, ya sea desde el punto de vista conservativo que pretende evitar un peligro, la finalidad anticipativa que resuelve provisionalmente sobre el fondo en aparo de derechos personalísimos y fundamentales principalmente, o que tienden a evitar la alteración de los objetos y pruebas, todo ello conlleva a coadyuvar a la sentencia definitiva, en primer lugar a prevenir riesgos que hagan inejecutable el fallo, en segundo lugar que se ampare inmediatamente un derecho fundamental o privilegiado, y en tercer lugar que se garantice la autenticidad de la prueba que servirá de base al juzgador para determinar la situación fáctica que deberá subsumirla a la norma jurídica de ser el caso.

e.- Inaudita Pars.

La última característica de las medidas cautelares, es que la misma se efectúa prescindiéndose del conocimiento de la parte (inaudita pars=sin audiencia de parte) contra quien se la dicta, lo cual busca especialmente que se tienda a evitar que el demandado ejerza algún acto en contra del actor, hasta que la medida cautelar sea cumplida o practicada, en cuyo caso ya se notifica al demandado para su conocimiento.

³⁷ CHACÓN ROJAS Oswaldo-NATARÉN Carlos, **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO**, Editorial de la SEGOB, Estados Unidos Mexicanos-Gobierno Federal, México, Pág. 21.

4.2.9 Presupuestos de las Medidas Cautelares.

Para la procedencia de las medidas cautelares es menester que se cumplan principalmente dos requisitos que son: la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora.

a.- Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).

Etimológicamente el aforismo latino fumus boni iuris significa humo de buen derecho, pero su connotación jurídica y procesal sobrepasa su sentido semántico y literal, ya que como indica Ugo Rocco:

“El llamado fumus boni iuris no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial.”³⁸

En este contexto el fumus boni iuris es un presupuesto procesal de las medidas cautelares que determinan la en forma aparente (fumus=humo) que existe un derecho que le asiste al actor o que justifica la necesidad de la acción procesal en forma suficiente para que el juzgador adopte una medida preventiva o de cautela.

En Derecho Penal la procedencia de las medidas cautelares radica en que existan indicios de la materialidad de la infracción y de la responsabilidad del procesado, por tanto es preciso garantizar la finalidad del proceso penal, que es asegurar la inmediación del procesado al juicio (medidas cautelares personales privativas o no de libertad, ejemplo la prisión preventiva), asegurar el pago de daños, perjuicios y reparación integral (medidas cautelares reales: secuestro, retención o prohibición de enajenar).

En materia civil el fumus boni iure radica en la que se requiere justificar la existencia del derecho que se pretende tutelar mediante la acción procesal, esto se justifica especialmente acompañando a la demanda un título ejecutivo o un principio de prueba por escrito. Un ejemplo diferente es en materia laboral, en el cual se requiere la existencia de una sentencia en la que declare la existencia de los derechos e

³⁸ ROCCO Ugo, **TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL**, Tomo V, Editorial DEPALMA, Buenos Aires-Argentina, 1977, Pág. 349.

indemnizaciones laborales para la procedencia de las medidas cautelares, incluso si la sentencia no se encuentre ejecutoriada.

b.- Peligro en la demora (periculum in mora).

El segundo presupuesto para la procedencia las medidas cautelares es el peligro en la mora que a decir de Germán Cisneros consiste en lo siguiente.

“Peligro en la demora: aplícase a las providencias cautelares que previenen que el riesgo en la demora en llegar a la sentencia haga ilusorio el fin del proceso.”³⁹

En todo proceso judicial existe un lapso de tiempo que demora en llegar a la resolución o sentencia, y que por el transcurso del tiempo pueda hacer ilusorio la finalidad procesal, tal como en un juicio ejecutivo, es menester establecer una prohibición a algún bien del patrimonio del demandado a fin de que responda el cumplimiento de la obligación, ya que por cualquier circunstancia pueden los bienes ocultarse, desaparecer o distraerse en perjuicio del acreedor.

“...surge, pues, de aquí, la razón de existencia dentro de nuestra legislación procesal, de estas disposiciones que autorizan a un individuo para solicitar ciertas medidas precautorias, aun antes de deducir su demanda, adelantándose a evitar los posibles fraudes de que pudiere ser víctima, mediante las maquinaciones antes indicadas, cometidas por el demandado, a fin de hacer ilusorio el cumplimiento de lo que se sentencie en el juicio.”⁴⁰

La finalidad de las medidas cautelares es evitar que por cualquier acción ya sea culposa o incluso dolosa (acción fraudulenta) pueda ser perjudicado el accionante, pero ello debe justificarse, la existencia del derecho que se reclama procesalmente, el riesgo de que por cualquier circunstancia se haga ilusoria la finalidad procesal.

4.2.10 Oportunidad para solicitar Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares se las solicita de dos formas que a continuación explico:

³⁹ CISNEROS FARÍAS Germán, **DICCIONARIO DE FRASES Y AFORISMOS LATINOS**, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Pág. 89.

⁴⁰ ZALDIVAR, **DE LAS MEDIDAS PREJUDICIALES**, Santiago de Chile, 1933, Pág. 124.

La primera es en la demanda del juicio principal o durante la sustanciación del proceso, siempre que se justifique la existencia del derecho que se reclama en vía declarativa (de conocimiento) o en vía ejecutiva, pero es menester aclarar que no procede luego de dictada sentencia, ya que corresponde en este caso la medida de ejecución de embargo, esto tiene una excepción que es en el juicio oral de trabajo, en la que se requiere sentencia que declare la existencia de los derechos, haberes e indemnizaciones laborales, aunque no esté ejecutoriada (es decir que este pendiente la resolución de un recurso), ya que si esta ejecutoriada se procede a la ejecución del fallo.

4.2.11 Cargas Procesales en las Medidas Cautelares.

Jorge Kielmanovich indica al respecto:

“La procedencia de las medidas cautelares se halla también supeditada a que el interesado acredite el peligro en la demora.”⁴¹

La carga procesal o carga probatoria o para ser más específico la carga de justificar la necesidad de la medida cautelar recae sobre el accionante, quien debe justificar la existencia de su derecho (lo que la doctrina denomina *fumus boni iure*), y el peligro en la demora que puede llevar a que la resolución de fondo sea infructuosa.

Rafael Nieto Navia indica que:

“...no existe, sin embargo, en principio, razón alguna para excluir ciertos derechos, siempre y cuando exista el riesgo de daño irreparable.”⁴²

De la cita precedente se desprende que es necesario que el actor o solicitante de la medida cautela justifique en forma sumaria pero suficiente que el riesgo de esperar la sentencia definitiva conlleve a sufrir el riesgo de no poder ejecutar el fallo, generalmente en procesos por cobros de dinero (obligaciones) el deudor se compromete para con el acreedor con todo su patrimonio, por tanto proceden si mayor tardanza las medidas de prohibición de enajenar, secuestro o retención.

⁴¹ KIELMANOVICH Jorge, **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN AMÉRICA: TEORÍA DEL PROCESO CAUTELAR**, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Argentina, 2000, Pág. 317.

⁴² NIETO NAVIA Rafael, **LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: TEORÍA Y PRAXIS**, Editor Nieto Navia, San José-Costa Rica, 1994, Pág. 398.

Pero en juicios de conocimiento, por citar un ejemplo en un juicio por disposición arbitraria de prenda, se requiere de una medida judicial de secuestro que evite que el acreedor prendario enajene o desaparezca la prenda, ya que si bien este acreedor tiene derecho de prenda, esto no equivale a que pueda disponer en forma arbitraria (utilizándola, arrendándola o en último de los casos enajenándola), sino que es un derecho de garantía que ante el incumplimiento del deudor puede ser subastada mediante juez competente.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 El Derecho a la intimidad personal y el régimen financiero en la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum en el año 2008 en su Art. 66 en el cual establece los derechos de libertad ha establecido lo siguiente:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

...19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar. ...”⁴³

El derecho a la protección de los datos de carácter personal ha sido tutelado constitucionalmente, estableciendo restricción al acceso de los particulares a esta información con las excepciones que establece la ley, de igual manera se encuentran protegidos la información de carácter íntimo y familiar.

De ello la Ley Orgánica de Registro de Datos Públicos ha establecido que el titular de la información es quien puede solicitar la información, la supresión y la rectificación.

⁴³ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a septiembre del 2014, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Pág. 37.

No obstante en el mundo de las relaciones jurídicas existe siempre la controversia, en la que se requiere de iniciar un proceso judicial, y para ello se requieren en muchos casos justificar documentadamente ciertas calidades, tales como por ejemplo cuando se requiere demandar a quien es heredero se necesita obtener una partida certificada de nacimiento del heredero y la partida de defunción del causante; en otro ejemplo se requiere por ejemplo obtener un certificado del registro mercantil sobre un bien mueble para ejercer una medida cautelar, etc.

En este contexto surge un obstáculo para el accionante de que al requerir información del demandado se encuentra ante la reserva y confidencialidad, lo cual ha sido superado en la mayoría de casos mediante las diligencias pre-procesales de prueba que se plantean ante los jueces de contravenciones.

Con el oficio del juez de contravenciones la mayoría de instituciones públicas y privadas facilitan la información requerida.

Pero en cuanto a la información sujeta a sigilo bancario la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero no ha contemplado a la diligencia pre-procesal como un caso de excepción a esta restricción, lo que perjudica a la figura de la retención de cuentas como explicaré más adelante.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 302 ha establecido la política financiera del país:

“Art. 302.- Las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera tendrán como objetivos:

- 1. Suministrar los medios de pago necesarios para que el sistema económico opere con eficiencia.*
- 2. Establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera.*
- 3. Orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país.*
- 4. Promover niveles y relaciones entre las tasas de interés pasivas y activas que estimulen el ahorro nacional y el financiamiento de las actividades*

productivas, con el propósito de mantener la estabilidad de precios y los equilibrios monetarios en la balanza de pagos, de acuerdo al objetivo de estabilidad económica definido en la Constitución.”⁴⁴

La política económica, monetaria y financiera que establece nuestra Constitución de la República del Ecuador, se sustenta en principios de garantizar la liquidez global del Estado lo cual equivale a que la ciudadanía, instituciones públicas y privadas cuenten con un nivel estable de capital en efectivo para la circulación monetaria a través del intercambio de bienes, servicios, actividades productivas e inversiones.

Toda la política estatal en esta materia tiene a establecer los cimientos un sistema económico que tienda al desarrollo y mejoramiento de la calidad de vida de la población, lo cual debe ser cumplido en la mejor forma posible por el gobierno nacional de turno y los venideros.

Dentro del mundo de las finanzas existen dos tipos de intereses que se conjugan y se relacionan, estos son el interés público y el interés privado.

En este orden de ideas el Estado tiene también su entidad pública que regula la actividad financiera, tal como establece el Art. 303 de la Carta Magna:

“Art. 303.- La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central. La ley regulará la circulación de la moneda con poder liberatorio en el territorio ecuatoriano.

La ejecución de la política crediticia y financiera también se ejercerá a través de la banca pública.

El Banco Central es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley.”⁴⁵

La política financiera corresponde a la Función Ejecutiva liderada por el Presidente de la República y los diferentes Ministros encargados de las diversas carteras de Estado, quienes establecen la política financiera que regula la banca privada y

⁴⁴ Ley. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 60.

⁴⁵ Ley. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 60.

pública, a través del Banco Central del Ecuador que es una persona jurídica de derecho público, la misma que mediante resoluciones de su Junta regula la actividad financiera y crediticia del país.

El Art. 308 de la Constitución de la República del Ecuador establece la importancia del servicio financiero:

“Art. 308.- Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable.

El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura.

La regulación y el control del sector financiero privado no trasladarán la responsabilidad de la solvencia bancaria ni supondrán garantía alguna del Estado. Las administradoras y administradores de las instituciones financieras y quienes controlen su capital serán responsables de su solvencia. Se prohíbe el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas o privadas.”⁴⁶

El servicio de intermediación financiera según la norma citada, es un servicio público de primer orden ya que el mismo tiene como finalidad sustentar actividades productivas dentro de las diversas escalas económicas del país, con lo cual se contribuye al aparato productivo del país, lo cual genera comercio, fuentes de empleo, riqueza y bienestar social.

Por lo indicado se ha prohibido que se efectúen prácticas colusorias o acuerdo perjudiciales en materia financiera y congelamiento y retención arbitraria de cuentas, por tanto solo es permitida la retención como medida judicial.

⁴⁶ Ley. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 62.

También es preciso indicar que al ser un servicio público todo tipo de captación tiene un interés nacional aunque sean depositantes y transacciones privadas, por lo que la ley ha establecido el peculado bancario como un tipo penal.

El Art. 309 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

“Art. 309.- El sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Estas entidades serán autónomas. Los directivos de las entidades de control serán responsables administrativa, civil y penalmente por sus decisiones.”⁴⁷

El sistema financiero en el Ecuador está compuesto por tres niveles, el sector público regido por el Banco Central del Ecuador, el sector privado en el cual figura la Banca Privada y las entidades financieras que tienen autorización para operar con el público, y en un tercer lugar el sector financiero popular y solidario en el cual se encuentra el sector cooperativo que se regula por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, así como cuenta con su propio organismo de control que es la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

El Art. 310 de la Carta Magna establece:

“Art. 310.- El sector financiero público tendrá como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito que otorgue se orientará de manera preferente a incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía.”⁴⁸

La finalidad del servicio financiero es ofrecer un adecuado nivel sustentable de prestación de capitales a quienes requieren emprender o fortalecer actividades productivas con lo que se incrementa el nivel de desarrollo del país.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 311 prescribe lo siguiente:

⁴⁷ *Ibíd*em, Pág. 63.

⁴⁸ Ley. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 63.

“Art. 311.- El sector financiero popular y solidario se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro. Las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria.”⁴⁹

Para el sector financiero popular y solidario, se ha previsto una serie de privilegios para incrementar el desarrollo de las pequeñas y medianas unidades productivas, por medio de la intermediación financiera solidaria que se caracteriza por las operaciones entre los socios de la entidad financiera (Cooperativa de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro).

4.3.2 La Medida Cautelar de Retención en el Código de Procedimiento Civil.

En lo referente a las medidas cautelares el Código de Procedimiento Civil se han determinado regulación

“Art. 421.- Si el juez considerare ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días.

Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del registrador de la propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados, el juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por el juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se notificará a los respectivos registradores de la propiedad, para los efectos legales.

⁴⁹ *Ibíd*em, Pág. 64

*La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior.*⁵⁰

De la disposición legal citada, se desprende que cuando se trata de un juicio de ejecución, esto es cuando se ampara el derecho en un título ejecutivo que contiene a su vez una obligación ejecutiva (pura, clara, determinada, líquida y de plazo vencido), se justifica el primer requisito para la procedencia de la medida cautelar, esto es el *fumus boni iure*, es decir la certeza del derecho reclamado, entonces surge la necesidad de garantizar el cumplimiento de la obligación, para lo cual el actor solicita la medida cautelar, esto es en el caso de bienes inmuebles la prohibición de enajenar o el embargo solo si el crédito es hipotecario.

Tanto la prohibición de enajenar como el embargo se notifican una vez efectuadas a las diligencias, aquí se cumple el requisito que indica la doctrina “*inaudita pars*”, ya que la finalidad de las medidas cautelares es evitar el riesgo de deterioro o desaparición de bienes que cubran con la obligación.

En cuanto a las medidas cautelares que se aplican sobre bienes muebles el Art. 422 del Código de Procedimiento Civil, establece para el juicio ejecutivo:

*“Art. 422.- Podrá, asimismo, el ejecutante, en vez de la prohibición de enajenar, cuando no se trate de crédito hipotecario, solicitar la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda, debiendo decretarse la una o el otro, al mismo tiempo que se dicte el auto de pago, siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor. Esta prueba, en caso de ser testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria.”*⁵¹

Las medidas cautelares sobre muebles son el secuestro y la retención, con diferencias que a continuación procedo a analizar, pero que previo a ello es menester indicar que se requiere justificación de la propiedad de los bienes del deudor como requisito *sine qua non* para la procedencia de las medidas.

⁵⁰ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a julio del 2014, Quito-Ecuador, Pág. 67.

⁵¹ Ley. Cit., **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Págs. 67-68.

Ahora la diferencia básica entre secuestro y retención, es en que el primero se produce por orden judicial a un Agente de Policía que aprehende el bien mueble y lo entrega a un depositario judicial, en cambio en la retención los bienes muebles se encuentran en posesión de un tercero, a quien el juez le impone la orden de retenerlos hasta nueva disposición.

Lo indicado es respecto del juicio ejecutivo, pero las providencias preventivas en las que se solicitan previo a disponer el juicio principal, con el objeto de garantizar el cobro de un crédito tienen algunas características especiales:

El Art. 897 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

*“Art. 897.- Puede una persona, antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito.”*⁵²

Dentro de las providencias preventivas se puede solicitar al juez el secuestro o la retención del objeto que es materia principal del litigio a proponerse, esto ocurre especialmente en juicios por disposición arbitraria de prenda, restitución de un objeto, rescisiones de contratos de compraventa de inmuebles, etc.

También procede en juicios que aseguren el cobro de un crédito, tal como es el caso del juicio ejecutivo o el juicio ordinario de cobro de dinero.

El Art. 898 del Código de Procedimiento Civil establece la competencia del juez que puede emitir las providencias preventivas:

*“Art. 898.- El secuestro o la retención se pedirán siempre al juez de primera instancia, aún cuando la causa se halle ante la corte superior.”*⁵³

En este contexto el juez de primera instancia es el juez competente para decretar las providencias cautelares y la ejecución cuando el estado del proceso lo permita. Incluso si el expediente se encuentra ante un Tribunal de Alzada (apelación), las providencias preventivas corresponden al juez de primera instancia.

⁵² Ley. Cit., **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 141.

⁵³ Ley. Cit., **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 142.

Ahora es preciso analizar cuáles son los requisitos que establece la legislación procesal civil ecuatoriana para la procedencia de las medidas de secuestro o retención:

“Art. 899.- Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario:

- 1. Que se justifique, con pruebas instrumentales, la existencia del crédito; y,*
- 2. Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos.”⁵⁴*

De la disposición transcrita se refiere a los presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares, esto es primeramente la existencia o veracidad de existencia de un derecho jurídicamente tutelado (crédito), lo que en la doctrina se denomina *fumus boni iure*, así como es preciso justificar la propiedad de los bienes del deudor sobre los cuales se va a solicitar la providencia preventiva.

Y en tercer lugar es preciso determinar el peligro en la demora (*periculum in mora*), de que los bienes se encuentran en mal estado o que puedan desaparecer u ocultarse mediante acciones culposas o incluso fraudulentas de parte del deudor.

La providencia preventiva tiene un trámite especial que a continuación detallo:

El Art. 902 del Código de Procedimiento Civil establece:

“Art. 902.- Presentada la demanda sobre secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes raíces, el juez, si se hubiesen acompañado las pruebas respectivas, lo decretará provisionalmente; y en el mismo auto recibirá la causa a prueba, por el término común de tres días, expirado el cual dará la resolución correspondiente, sin otra sustanciación.

Si se trata de secuestro de bienes raíces, no se lo ordenará sino después de expirado el término probatorio, caso de que las pruebas den fundamento para ello.

La citación del auto de prueba se hará en la misma forma que en el juicio ejecutivo.

Ninguna de las partes podrá presentar más de cuatro testigos.”⁵⁵

⁵⁴ *Ibíd.*, Pág. 142.

⁵⁵ Ley. Cit., **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 143.

De la disposición citada, se desprende que la demanda de providencia preventiva de contar con las justificaciones antes indicadas, el juez que conoce de este procedimiento especial, decretará provisionalmente la medida, y abrirá la causa a prueba por el término común de tres días, en los cuales el solicitante y la persona sobre la cual se le imponen provisionalmente las medidas, pueden actuar prueba referente a la propiedad de los bienes, el título del crédito y el peligro de ocultación o desaparición de bienes.

La prueba en esta clase de procesos es sumaria y ágil, ya que incluso tiene un límite de número de testigos por cada parte, esto es cuatro testigos.

El Art. 903 del Código de Procedimiento Civil establece

“Art. 903.- Si de las pruebas resultan justificados plenamente los requisitos de los Arts. 899 y 900, el juez pronunciará auto de secuestro, retención o prohibición de enajenar, según el caso.”⁵⁶

Una vez concluido el término probatorio, el juez decretará el auto correspondiente estableciendo el respectivo secuestro, retención o prohibición de enajenar.

El Art. 907 del Código de Procedimiento Civil establece los bienes sobre los cuales recae la medida de retención:

“Art. 907.- La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, inclusive en las tesorerías u otras oficinas públicas.”⁵⁷

En este contexto la retención recae exclusivamente sobre bienes muebles del deudor que se encuentren en poder de un tercero a quien el juez le impone la obligación de retener los bienes hasta nueva orden judicial.

Generalmente recae sobre caudales de dinero, ya sean estas rentas o depósitos de dinero en cuentas bancarias.

⁵⁶ Ley. Cit., **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 143.

⁵⁷ Ley. Cit., **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 145.

El secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor.

Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días.

4.3.3 El Sigilo Bancario previsto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

En el presente acápite voy a abordar a la institución del sigilo bancario en dos partes, la primera acerca de la regulación para determinar sobre qué tipo de transacciones recae el sigilo bancario, y la segunda referente a los casos de excepción al sigilo bancario.

4.3.3.1 Regulación del Sigilo Bancario.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en su Art. 88 establece la regulación específica del sigilo bancario para las instituciones financieras que operan con el público:

“ARTÍCULO 88.- Los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en las instituciones del sistema financiero, estarán sujetos a sigilo bancario, por lo cual las instituciones financieras receptoras de los depósitos y captaciones, sus administradores, funcionarios y empleados no podrán proporcionar información relativa a dichas operaciones sino a su titular o a quien lo represente legalmente.

Las instituciones del sistema financiero con el objeto de facilitar procesos de conciliación, darán acceso al conocimiento detallado de las operaciones anteriores y sus antecedentes a la firma de auditoría externa contratada por la institución, que también quedará sometida al sigilo bancario.

Las instituciones del sistema financiero podrán dar a conocer las operaciones anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, solo para fines estadísticos o de información, salvo el caso si dichas operaciones fuesen

requeridas por el Servicio de Rentas Internas, en donde las aludidas instituciones tendrán la obligación de proporcionar una información personalizada y parcializada sobre los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en sus establecimientos.

Podrán también proporcionar información general respecto del comportamiento de clientes en particular, para fines de evaluación de crédito a requerimiento de otra institución del sistema financiero o de establecimientos comerciales autorizados por aquellos, sin que ello implique la facultad de revelar transacciones individualizadas.

Podrán también proporcionar información general respecto del comportamiento de clientes en particular, para fines de evaluación de crédito a requerimiento de otra institución del sistema financiero o de establecimientos comerciales autorizados por aquellos, sin que ello implique la facultad de revelar transacciones individualizadas.”⁵⁸

De la norma citada se desprende que el sigilo bancario recae en primer término sobre las captaciones de dinero que efectúen las entidades del sistema financiero, y dentro de ellas se encuentran en primer lugar los depósitos a la vista (generalmente en cuenta de ahorros o corriente), depósitos a plazo fijo (denominadas comúnmente pólizas de interés), inversiones, entre otras formas permitidas de captación de capitales del público.

Podrá ofrecer información a otras entidades financieras, para determinar el estado crediticio de alguno de sus clientes (Buró de Crédito), pero no podrá dar información.

Las instituciones del sistema financiero están obligadas a mantener sistemas de control interno que permitan una adecuada identificación de las personas que efectúan transacciones con la institución.

Asimismo, tendrán la obligación de proporcionar a la Superintendencia la información sobre las operaciones que determinadas por ésta, por su naturaleza y

⁵⁸ **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, CONCORDANCIAS Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Serie Profesional, Actualizada a agosto del 2014, Quito-Ecuador, Pág. 48.

monto, requieran de un informe especial. La Superintendencia proporcionará esta información a otras autoridades que por disposición legal expresa, previa determinación sobre su causa y fines, puedan requerirla, quienes también estarán sujetas al sigilo bancario hasta que se utilice la información en los fines para los cuales se la requirió. Tratándose de operaciones de cambio de moneda extranjera o de cualquier mecanismo de captación en moneda nacional o extranjera, en los montos que determine la Superintendencia, ésta establecerá los requisitos que permitan investigar el origen y procedencia de los recursos.

4.3.3.2 Casos de Excepción al Sigilo Bancario.

El Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece los casos de excepción al sigilo bancario:

“ARTÍCULO 91.-Se exceptúan de las prohibiciones contempladas en este Capítulo:

- a) Los informes y pruebas requeridos por los jue y el Ministerio Público a la Superintendencia de Bancos y a las instituciones del sistema financiero privado, en las causas que estuviesen conociendo. A la Superintendencia de Bancos solamente podrá requerirse dicha información, cuando no exista en el proceso constancia de la o las instituciones financieras que tengan relación con la causa que se investiga;*
- b) La especificación del titular de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin provisión de fondos;*
- c) Los informes requeridos por el Directorio del Banco Central del Ecuador, el Banco Central del Ecuador y la Superintendencia de Compañías, en el ámbito de sus competencias, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos;*
- d) Los informes requeridos a la Superintendencia de Bancos por gobiernos o por autoridades competentes de los países con los que el Ecuador mantenga convenios legítimamente celebrados para combatir la delincuencia y en los términos de dichos convenios;*

- e) Las informaciones financieras que constituyan intercambio con autoridades de control bancario y financiero de otros países, siempre que existan convenios vigentes legítimamente celebrados;*
- f) La información que debe entregar la Superintendencia para dar a conocer al público la situación patrimonial y financiera de las instituciones del sistema financiero; y,*
- g) Cuando la información sea requerida a las instituciones del sistema financiero y del sistema asegurador, bajo control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, por el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas CONSEP, o por el Director General de la Unidad de Inteligencia Financiera, en el ámbito de sus respectivas competencias.*
- h) Cualquier información solicitada por el Servicio de Rentas Internas, de manera directa, sin trámite o intermediación alguna, y en las condiciones y forma que esta entidad lo disponga, para sus fines de gestión, control, determinación y recaudación tributaria.*
- Cuando una institución del sistema financiero o una institución del sistema asegurador se halle incurso en un proceso de reestructuración, saneamiento o liquidación, los informes previstos en el artículo 90 se harán públicos.”⁵⁹*

De la norma transcrita se desprende que existen casos de excepción al sigilo bancario, especialmente el requerimiento de información por parte de autoridades competentes tales como Banco Central del Ecuador, Superintendencia de Bancos y Seguros, Servicio de Rentas Internas, Instituciones Financieras, y aunque lo indico en la parte final se encuentran los requerimientos de prueba de jueces y fiscales en conocimiento de causas, que es el eje central de la presente tesis.

⁵⁹ Ley Cit., **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, CONCORDANCIAS Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Pág. 50.

4.3.3.3 Obstáculo procesal para la medida cautelar civil de retención de valores en cuentas bancarias por la actual normativa que regula el sigilo bancario.

Dentro de los derechos tutelados por la Constitución de la República del Ecuador se encuentra el derecho a la reserva sobre la información personal y el derecho a la intimidad, lo cual ha tenido su repercusión en los diferentes cuerpos legales.

Dentro de las regulaciones legales de reserva o confidencialidad se encuentra la figura denominada sigilo bancario, por el cual los depósitos y captaciones de dinero que sean realizadas en entidades financieras autorizadas por disposición del Art. 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, son de conocimiento exclusivo de los titulares de las cuentas o a sus representantes legales, o a un tercero mediante autorización expresa del titular.

Los depósitos en cuentas bancarias en contexto con la institución procesal civil de retención tienen una íntima relación, ya que dentro de los procesos civiles de cobro es una medida cautelar la retención de los valores de la o las cuentas bancarias del deudor, con la finalidad de garantizar el objetivo del proceso que es cobrar el crédito, lo que incluye capital, intereses, costas procesales y honorarios de la defensa.

En este sentido para la procedencia de la medida de retención se requiere según el Art. 899 del Código de Procedimiento Civil que se justifique con pruebas instrumentales la existencia del crédito, lo cual se cumple con la presentación del título ejecutivo (letra de cambio o pagaré a la orden), y en segundo lugar, que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en mal estado, que no alcancen para cubrir la deuda o que exista riesgo de que puedan desaparecer, ocultarse o enajenarse.

Dentro de los justificativos de los bienes del deudor y en el caso concreto de valores depositados en cuenta se requiere de un **CERTIFICADO DE PROPIEDAD DE LA CUENTA Y DE SALDO ACTUAL** conferida por la institución financiera.

Este requisito por la institución del sigilo bancario es imposible de ser conseguido por el acreedor ya que requerirá de autorización del titular, lo cual en la práctica no se puede lograr, ya que ninguna persona va a conceder una autorización para que le retengan sus cuentas.

Ahora en referencia con los casos de excepción al sigilo bancario que establece la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se encuentran los requerimientos de autoridades de control tales como: Superintendencia de Bancos, Servicio de Rentas Internas, y la Fiscalía y los Jueces que se encuentren en conocimiento de causa.

La legislación que rige el sigilo bancario no ha previsto como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba mediante diligencias pre-procesales de prueba, ya que en este caso los jueces de contravenciones no son jueces de causa, y por tanto el resultado es que se niegue la diligencia pre-procesal debido al sigilo, y en algunos casos que se han dado en que se concede la diligencia pre-procesal, las instituciones financieras niegan la información indicando que el requerimiento no proviene de un juez de causa.

Para que la medida de retención sea efectiva requiere ser solicitada en la demanda, y para ello se requiere la **CERTIFICACIÓN BANCARIA** que actualmente la regulación legal de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero no permite por el sigilo bancario.

4.3.4 Derecho Comparado.

En cuanto a un estudio de Derecho Comparado he seleccionado las legislaciones que regulan el sigilo bancario tanto en Perú como en Paraguay.

4.3.4.1 Perú.

En nuestro vecino país de Perú la regulación financiera y bancaria se regula por la LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS o Ley Nro. 26702, la cual establece:

“Artículo 143°.- LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO.

El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por:

- 1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.*
- 2. El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan*

administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.

3. El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.

4. El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

5. El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

En los casos de los numerales 2, 3 y 4, el pedido de información se canaliza a través de la Superintendencia.

Quienes accedan a información secreta en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, están obligados a mantenerla con dicho carácter en tanto ésta no resulte incompatible con el interés público.”⁶⁰

Como se puede determinar en la Legislación Bancaria de Perú, existen casos de excepción al secreto bancario, tales como requerimientos de la Superintendencia, Presidente de una Comisión Investigadora del Poder legislativo, Fiscalía de la Nación, y los jueces y tribunales de un proceso en que el cliente de la institución financiera sea parte procesal, lo cual conlleva la noción indispensable de que se trata de un juicio contencioso, por tanto es similar a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero de Ecuador.

4.3.4.2 Paraguay.

En Paraguay el sigilo bancario se rige por la LEY GENERAL DE BANCOS, FINANCIERAS Y OTRAS ENTIDADES DE CREDITO LEY o Ley Nro. 861, la cual en su Art. 86 establece:

⁶⁰ LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS (PERÚ), Ley Nro. 26702, http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/regu_leygralbancseguro/LeyGeneral.pdf

“Artículo 86.- Excepciones al deber de secreto.

La reserva bancaria no registrará cuando la información sea requerida por:

a) El Banco Central del Paraguay y la Superintendencia de Bancos en ejercicio de sus facultades legales;

b) La autoridad judicial competente en virtud de resolución dictada en juicio, en el que el afectado sea parte. En tal caso, deberán adoptarse las medidas pertinentes que garanticen la reserva;

c) La Contraloría General de la República y las autoridades impositivas en el marco de sus atribuciones sobre la base de las siguientes condiciones:

I) Debe referirse a un responsable determinado;

II) Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable; y,

III) Debe haber sido requerido formal y previamente;

d) Las entidades de crédito que intercambian entre sí, de acuerdo a reciprocidad y prácticas bancarias, conservando el secreto bancario.

El deber de secreto se transmite a las instituciones y personas exceptuadas en los incisos anteriores. En todos los casos, cuando en procesos judiciales o administrativos para cuya tramitación se haya utilizado información sobre operaciones resguardadas por el secreto bancario, éste cesará a todos los efectos en forma automática si de tales actuaciones se derivara culpabilidad de los beneficiados con el secreto. Los involucrados en la causa que resultaran sobreseídos en las actuaciones judiciales conservarán la protección de secreto para sus operaciones.”⁶¹

De similar forma que la legislación peruana y ecuatoriano, en la Legislación Bancaria de Paraguay, existen casos de excepción al secreto bancario, tales como requerimientos de la Banco Central, Contraloría y autoridad judicial competente dentro de un proceso en que el cliente de la institución financiera sea parte procesal, lo cual conlleva la noción indispensable de que se trata de un juicio contencioso, por tanto es similar a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero de nuestro país.

⁶¹ LEY GENERAL DE BANCOS, FINANCIERAS Y OTRAS ENTIDADES DE CREDITO (PARAGUAY), LEY No. 861, http://www.cej.org.py/games/Leyes_por_Materia_juridica/BANCARIA/LEY%20No861.pdf

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, he considerado los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir los procedimientos que permiten descubrir, sistematizar, diseñar, y ampliar nuevos conocimientos en el campo de la investigación científica.

5.1 Materiales Utilizados.

Este trabajo de investigación lo fundamenté de manera documental, bibliográfica y de campo, que al tratarse de una investigación de carácter jurídico, utilicé textos y materiales relacionados con la regulación jurídica del sigilo bancario y la figura civil de la retención judicial.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, puedo mencionar que se utilizaron para la revisión de la literatura, como marco conceptual, diccionarios, enciclopedias, textos jurídicos, como fuente de información conceptual de los diferentes términos referentes a la temática de estudio.

En cuanto a la doctrina, se utilizó libros de autores en Jurisprudencia y del Derecho, conocedores de la materia como es el Derecho Bancario, Secreto Bancario, y Derecho Procesal Civil, que por su experiencia y sapiencia, permitieron conocer sus ideas y criterios para fundamentar en el desarrollo de la investigación, proporcionándome conocimientos valiosos, para determinar la afectación que produce la actual regulación del sigilo bancario a la medida cautelar de retención.

5.2. Métodos.

En cuanto a los métodos a desarrollar, el presente trabajo de investigación jurídica, utilicé el método científico, como el método más adecuado que me permitió llegar al conocimiento de la problemática social que conlleva la actual regulación del sigilo bancario en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y su afectación a la medida cautelar de retención de cuentas bancarias.

Los Métodos Inductivo y Deductivo: Me permitieron conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular para llegar a lo general, y el segundo partiendo de lo general a lo particular del problema, lo que me permitió el análisis de la información recopilada tanto teórica como empírica, para poder sintetizar los conocimientos sobre la problemática, así como para efectuar las respectivas conclusiones y recomendaciones.

El Método Descriptivo: Abarca la realización de una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los efectos negativos que conlleva la actual regulación legal del sigilo bancario respecto de la medida cautelar de retención.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

La observación, el análisis y la síntesis efectuados, me permitieron obtener la información sustancial para desarrollar la presente investigación, auxiliándome con técnicas adecuadas para la recolección de la información, tales como el fichaje bibliográfico; y que lo aplique en el desenvolvimiento de la doctrina y la normativa legal.

Las técnicas utilizadas, fueron la Encuesta, que me permitió obtener información correcta del objeto a investigar, a través de la opinión de abogados en libre ejercicio, autoridades judiciales y administrativas de la ciudad de Loja en una población determinada de treinta personas; de igual forma se desarrolló la técnica de la Entrevista, la que se desarrolló de una manera directa con cinco profesionales como Abogados y Doctores en jurisprudencia, así como de los Funcionarios y Empleados Judiciales de la Corte Provincial de Loja, para obtener información sobre aspectos importantes sobre la necesidad de establecer un caso de excepción al sigilo bancario, esto es el requerimiento de pruebas por parte de los jueces de contravenciones en las diligencias pre-procesales de prueba.

6. RESULTADOS

6.1 Resultados de la aplicación de la Encuesta.

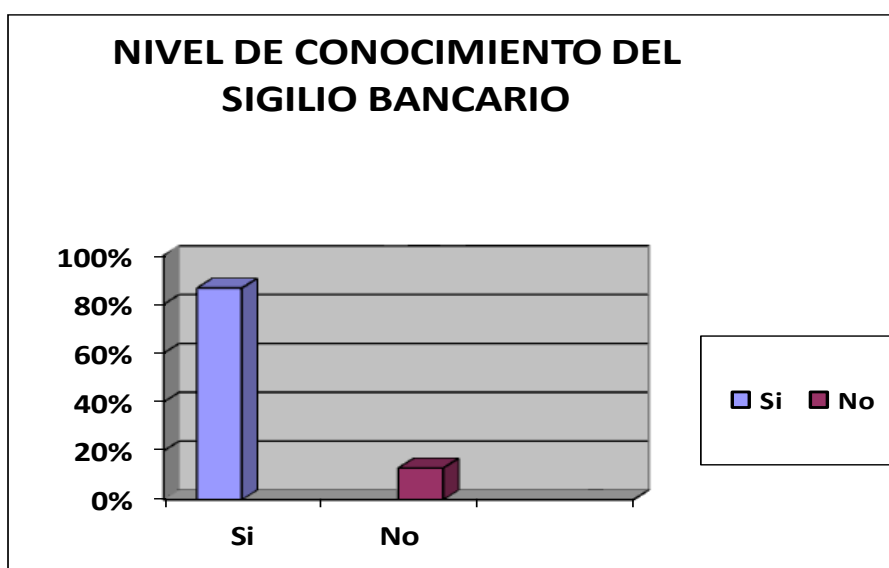
Una vez aplicada la encuesta a una muestra poblacional de treinta personas, en las que figuran Abogados en libre ejercicio, Servidores Judiciales y Administrativos, he obtenido los siguientes resultados:

ENCUESTA

1.- ¿Conoce Usted en qué consiste el Sigilo Bancario?

CUADRO NRO. 1		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	87%
No	4	13%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta.
Autor: Luis Fernando Ludeña Pardo



INTERPRETACIÓN: De las treinta personas encuestadas, veintiséis personas que representan el 87 %, respondieron que si conocen que es el sigilo bancario manifestando que:

- Es la confidencialidad que tiene el banco con sus clientes.
- Es un compromiso contractual de reserva de la información transaccional y de reserva.
- Es una imposición legal establecida a los bancos y mutualistas por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y para las Cooperativas de Ahorro y Crédito y Cajas de Crédito lo establece la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidario.
- Es una costumbre porque desde que se instituyó las entidades de préstamo, existió la necesidad de confidencialidad y reserva de la información.

Cuatro personas que constituyen el 13% de la muestra poblacional, respondieron que no conocen lo que es el sigilo bancario indicando las siguientes razones:

- Que no tienen conocimiento específico sobre materia bancaria.
- Que no tienen muy en claro que es la institución del sigilo bancario.
- Que no existe mucha información ni difusión acerca del tema preguntado.

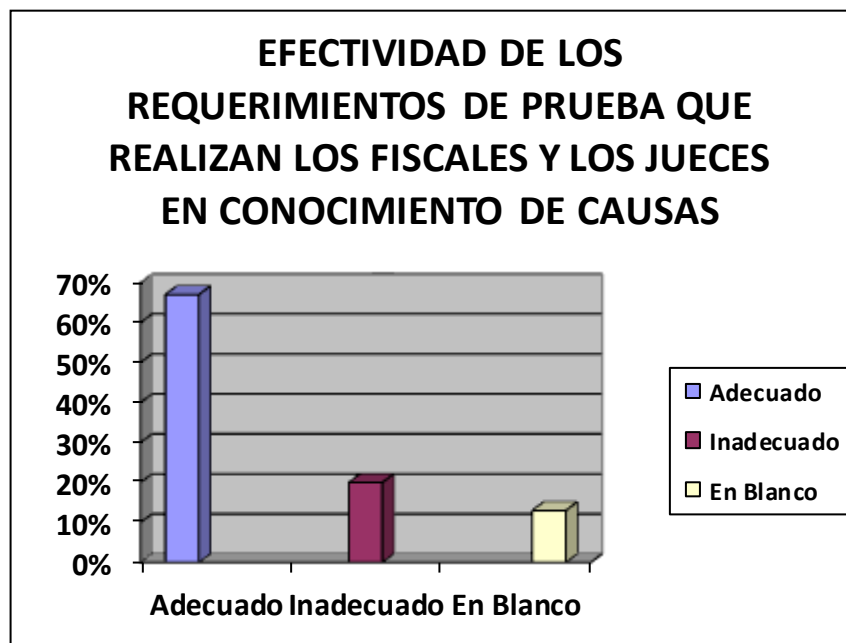
ANÁLISIS: La mayoría de los encuestados conocen lo que es el sigilo bancario, indicando principalmente que es un deber de confidencialidad y reserva de la información que guardan los bancos y las demás instituciones financieras autorizadas para la intermediación financiera.

Es una costumbre de la actividad bancaria que nació principalmente para brindar seguridad a las transacciones y a los clientes que las efectúan, como una forma de secreto profesional que también es reconocido legalmente, por tanto es una obligación jurídica, exigible y cuya violación conlleva responsabilidad civil y penal.

2.- ¿Cómo considera Usted que dentro de los casos de excepción al sigilo bancario, se haya establecido los requerimientos de prueba por parte de fiscales o jueces en conocimiento de causas?

CUADRO NRO. 2		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Adecuado	20	67%
Inadecuado	6	20 %
En Blanco	4	13%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta.
Autor: Luis Fernando Ludeña Pardo



INTERPRETACIÓN: De las treinta personas encuestadas, veinte personas que representan el 67 %, respondieron que si consideran adecuado que dentro de los casos de excepción al sigilo bancario, se haya establecido los requerimientos de prueba por parte de fiscales o jueces en conocimiento de causas, por las siguientes razones:

- Porque es necesario que las autoridades judiciales puedan requerir información financiera para tener elementos de conocimiento para resolver los procesos que estén bajo su conocimiento.

- Que dentro de nuestra legislación penal, los requerimientos de información financiera corresponde a Fiscalía General del Estado en la investigación e instrucción de delitos penales, especialmente de delitos de carácter económico como estafa, defraudaciones, peculado, etc.

- Evitaría la dilatación del proceso, ya que habría que efectuar otras averiguaciones.

- Se evitaría que queden en la impunidad delitos que hayan usado el sistema financiero para su comisión, ya que actualmente existen los delitos electrónicos.

Seis personas que constituyen el 20 % de la muestra poblacional, respondieron que no si consideran adecuado que dentro de los casos de excepción al sigilo bancario, se haya establecido los requerimientos de prueba por parte de fiscales o jueces en conocimiento de causas, por las siguientes razones:

- Porque se vulnera el derecho a la intimidad personal.

- Supuestamente existe el sigilo bancario, y por mencionar un ejemplo, en las declaraciones patrimoniales para el ingreso al servicio público se pide que el declarante levante el sigilo bancario, cuando existen por efecto ipso iure entidades que controlan las captaciones de dinero sin necesidad de que el titular autorice o levante el sigilo bancario, tal como el Servicio de Rentas Internas, el Banco Central y la Superintendencia de Bancos y Seguros.

- La Constitución de la República reconoce el derecho a la reserva sobre los datos de carácter personal, y tal requerimiento vulnera este derecho.

Cuatro personas que son el 13 % dejaron en blanco su respuesta.

ANÁLISIS: La mayoría de los encuestados manifiestan que consideran adecuado que dentro de las excepciones al sigilo bancario se encuentre establecido los requerimientos de prueba de Fiscales y Jueces en las causas que estuviesen conociendo.

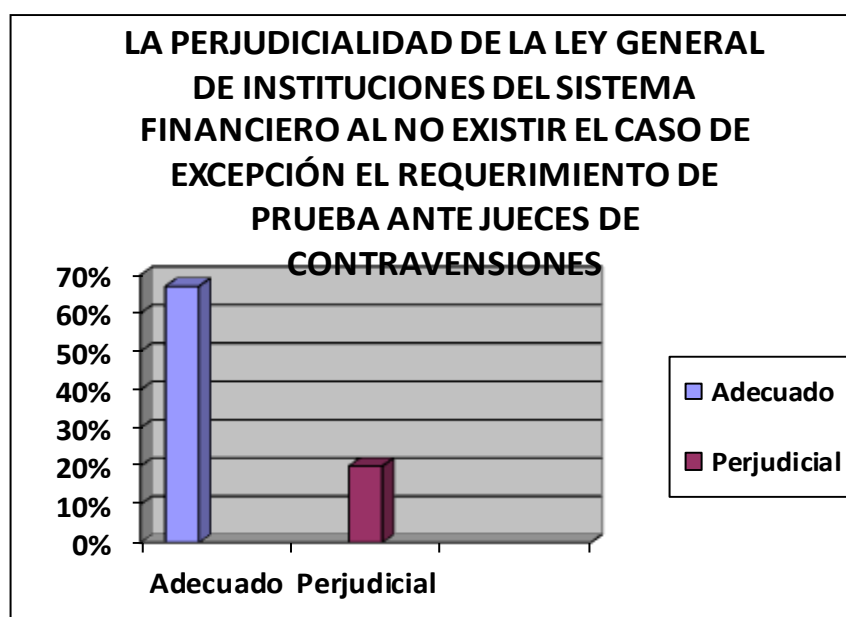
En este contexto, es preciso indicar que las causas son los procesos de jurisdicción contenciosa, y por tanto no procederían tales requerimientos en los juicios de jurisdicción voluntaria o de carácter preparatorio.

Este caso de excepción al sigilo bancario permite que en procesos penales o contenciosos se pueda requerir certificaciones e información bancaria para resolver el litigio sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional.

3.- En un juicio de cobro de dinero para solicitar la medida de retención de una cuenta bancaria se requiere de un certificado de propiedad y saldo de cuenta conferido por la entidad bancaria. ¿Cómo considera el que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no exista el caso de excepción el requerimiento de prueba de jueces de contravenciones en una diligencia preprocesal de prueba?

CUADRO NRO. 3		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Adecuado	4	13%
Perjudicial	26	87%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta.
Autor: Luis Fernando Ludeña Pardo



INTERPRETACIÓN: De las treinta personas encuestadas, cuatro personas que representan el 13 %, respondieron que consideran adecuado que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no exista el caso de excepción el requerimiento de prueba de jueces de contravenciones en una diligencia pre-procesal de prueba, manifestando que:

- Ya que tal requerimiento corresponde solo a un juez de causa según la normativa vigente.
- Que hay una diferencia básica entre un juez de causa y un juez de diligencia, ya que el primero le corresponde el conocimiento un litigio contencioso, y el segundo es una diligencia para requerir prueba, y los datos bancarios son reservados y un asunto delicado para las entidades financieras y para quienes lleguen a tener conocimiento, esto por disposición expresa de la ley.

Veintiséis personas que constituyen el 87 % de la muestra poblacional, respondieron que consideran inadecuado que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no exista el caso de excepción el requerimiento de prueba de jueces de contravenciones en una diligencia pre-procesal de prueba, indicando las siguientes razones:

- Existen muchos trámites que requieren una certificación bancaria, tal como el caso de una denuncia por estafa en la que hayan depósitos bancarios, requiere el denunciante conocer exactamente los montos, ya que hay responsabilidad penal por la denuncia temeraria y maliciosa.
- En el caso de juicios civiles de cobro una medida cautelar es la retención de valores en cuentas, y para su efectividad se requiere de una certificación con la que el accionante pruebe la propiedad de la cuenta y su saldo, para solicitar la medida cautelar.
- Los acreedores a no ser el titular de la cuenta bancaria están impedidos a tener conocimiento de estos particulares.
- Los requerimientos pre-procesales de prueba no están contemplados en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y esto perjudica ya que un juez de

contravenciones no está autorizado para requerir esta información, por tanto el acreedor no puede efectuar la medida de retención.

- Los jueces de contravenciones niegan o se abstienen de tramitar diligencias pre-procesales que sean referentes a datos bancarios o financieros.
- Igualmente las entidades bancarias en cumplimiento de la normativa legal niegan la información a los jueces de contravenciones.

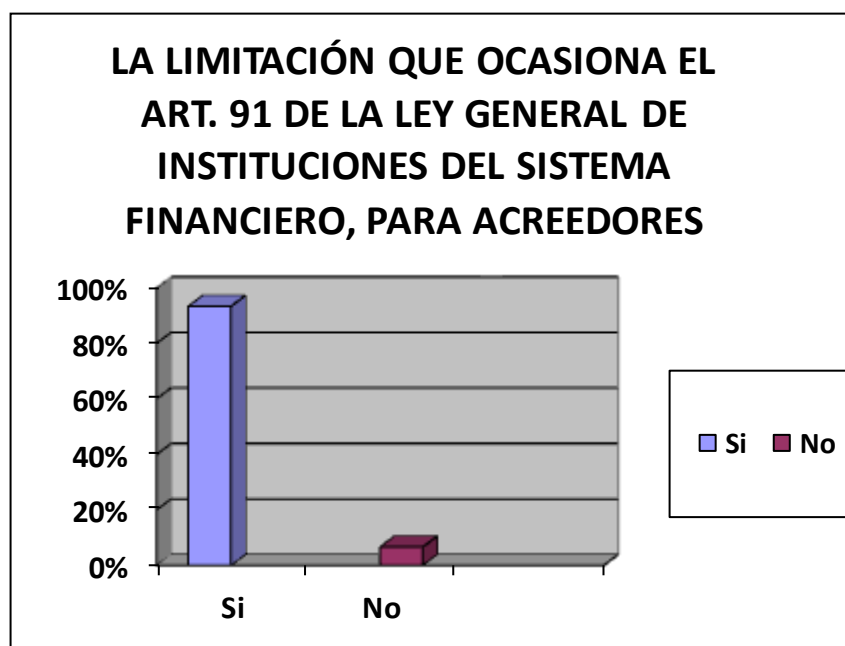
ANÁLISIS: La mayoría de encuestados concuerdan con mi criterio de investigador, de que es perjudicial el que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero no se haya previsto legalmente como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba.

En muchos casos, tanto para juicios civiles como penales, las pruebas constan en los archivos financieros, y se requiere la información para efectuar la denuncia o demanda, ya que especialmente en demandas civiles debe ser precisa la demanda, ya que el juzgador puede suplir errores en derecho, pero no errores de hecho, ya que por principio dispositivo carece de iniciativa procesal.

Con la regulación vigente del sigilo bancario solo el titular puede requerir información bancaria, así como instituciones de control (Superintendencia de Bancos y Seguros, Servicio de Rentas Internas, Banco Central, Fiscalía y Jueces de causa), pero al requerirse esta información para fines de preparar demandas, denuncias o solicitud de medidas cautelares existe un vacío legal, ya que el actor no tiene mecanismo procesal para obtener certificaciones bancarias que están sujetas a sigilo.

4.- ¿Considera Usted que la regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al no haber previsto como un caso de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro?

CUADRO NRO. 4		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	28	93%
No	2	7 %
TOTAL	30	100%
Fuente: Encuesta.		
Autor: Luis Fernando Ludeña Pardo		



INTERPRETACIÓN: De las treinta personas encuestadas, veintiocho personas que representan el 93 %, respondieron que la regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al no haber previsto como un caso

de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro, manifestando que:

- Las providencias preventivas o cautelares tienen por finalidad garantizar un proceso principal, generalmente de cobro, y para ello deben efectuarse en forma previa, o solicitarse en la demanda para que tenga efectividad.
- Es un principio o fundamento de las medidas cautelares el que se realice sin conocimiento de la parte al cual se le aplica, ya que de esto depende la eficacia de las medidas, y en especial que los bienes no sean ocultados o desaparecidos.
- Si se solicita la retención durante el decurso del proceso, sucede que existe el riesgo de que el deudor retire los fondos de la cuenta bancaria, ya que la diligencia no es tan rápida, ya que se debe realizar un despacho para que un Agente de Policía efectúe la retención y además en el Banco hay un trámite de revisión de varios departamentos especialmente jurídico para que queden retenidos los valores.

Dos personas que constituyen el 7 % de la muestra poblacional, respondieron que la regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al no haber previsto como un caso de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, no ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro, indicando las siguientes razones:

- Ya que la retención se puede pedir en todo momento del proceso, generalmente hasta antes de sentencia.
- La ley solo reconoce competencia a los jueces de causa para requerir este tipo de certificaciones.

ANÁLISIS: La mayoría de encuestados indican que si existe un obstáculo procesal para la medida cautelar de la retención, providencia preventiva que recae especialmente sobre caudales de dinero, especialmente rentas y depósitos en

entidades financieras, ya que para su procedencia se debe justificar al juez que el demandado (deudor) es propietario de la cuenta y de que existen tanto certeza del crédito y los bienes a retener (fondos en cuenta), lo que la doctrina ha denominado *fumus boni iure*.

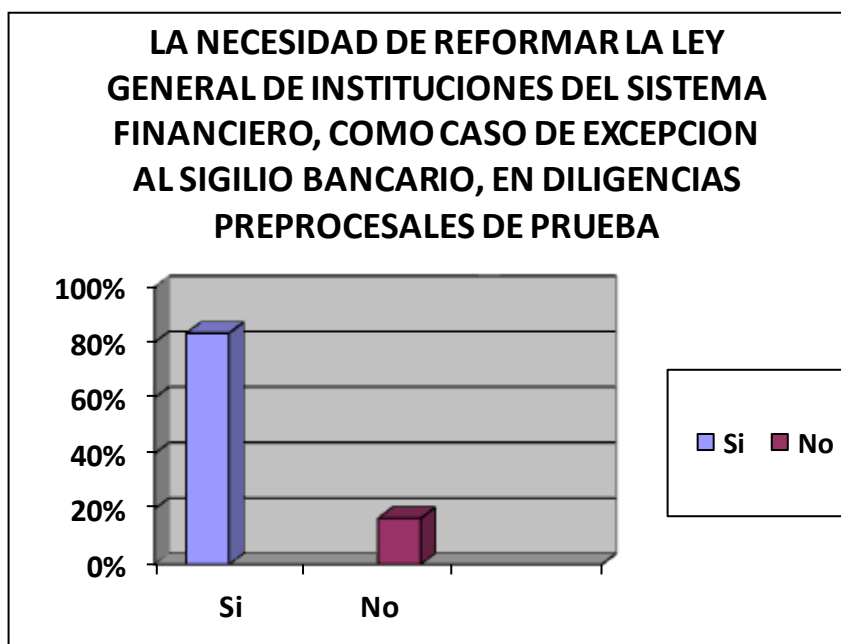
Y el segundo requisito es el peligro en la demora (*periculum in mora*), es decir el riesgo inminente de desaparición u ocultación, que en el caso concreto es el peligro que el deudor retire los fondos de la entidad bancaria, especialmente si se encuentran bajo la modalidad de depósitos a la vista, ya que el banco debe inmediatamente entregar esos valores al titular de la cuenta.

La forma de justificar la existencia y propiedad de los fondos de una cuenta bancaria, es el certificado conferido por la institución financiera, lo cual para que tenga eficacia debe ser planteada como proceso previo a la demanda principal, o en el libelo de la demanda, esto es para que no tenga conocimiento el deudor, a quien se le notificará después de efectuada la medida (*inaudita pars sin audiencia de parte*, requisito de las medidas cautelares).

Las diligencias pre-procesales de prueba en la mayoría de casos suplen estas necesidades de pruebas o justificaciones, pero tratándose de datos bancarios, el sigilo no permite la obtención de los justificativos lo que afecta a la medida cautelar de retención.

5.- ¿Considera Usted necesario realizar una Reforma Jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la que principalmente se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba?

CUADRO NRO. 4		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	25	83%
No	5	17 %
TOTAL	30	100%
Fuente: Encuesta.		
Autor: Luis Fernando Ludeña Pardo		



INTERPRETACIÓN: De las treinta personas encuestadas, veinticinco personas que representan el 83 %, respondieron que si consideran necesario realizar una Reforma Jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la que principalmente se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, manifestando que:

- Es necesaria la reforma ya que es preciso para el acreedor obtener una certificación bancaria como justificación para la medida de retención.
- El mecanismo idóneo para la obtención del certificado de cuenta que permita una retención como providencia preventiva (antes de juicio principal) sería una diligencia pre-procesal de prueba.
- Que la actual normativa no establece a las diligencias pre-procesales de prueba dentro de los casos de excepción al sigilo bancario, lo cual perjudica al acreedor.

Cinco personas que constituyen el 17 % de la muestra poblacional, respondieron que no consideran necesario realizar una Reforma Jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la que principalmente se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, indicando las siguientes razones:

ANÁLISIS: La mayoría de los encuestados concuerdan con la opinión de este autor, de que es necesario efectuar una reforma legal a la Ley General de las Instituciones del Sistema Financiero, en la que se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, el requerimiento de prueba en diligencias pre-procesales de prueba.

Como indican los encuestados, para la procedencia de una medida cautelar de retención se requiere justificar la propiedad y el saldo actual de fondos de la cuenta para que proceda la medida cautelar, pero esto solo lo puede certificar la entidad bancaria.

El acreedor no puede obtener esta certificación debido al sigilo bancario, ya que en primer lugar los jueces de contravenciones tienen el deber de abstenerse a tramitar ya que no tienen competencia para ello, ya que no son jueces de causa, así mismo en el caso de tramitarse la diligencia pre-procesal, la entidad financiera tiene el deber de negar el requerimiento del juez de contravenciones.

Por ello es preciso reformar adecuadamente este caso como una excepción más del sigilo bancario, pero que en forma adecuada evite también cualquier intromisión injustificada en estos datos de carácter personal y reservado.

6.2 Resultados de la aplicación de la Entrevista.

La entrevista fue aplicada a un número de cinco personas, entre las cuales están Abogados en ejercicio y Servidores Judiciales, de lo cual he obtenido los siguientes resultados:

ENTREVISTA NRO. 1 APLICADA Ha ABOGADO EN EJERCICIO

1.- En su experiencia, cómo considera Usted el obstáculo que origina el sigilo bancario, respecto de la obtención de un certificado de cuenta y saldo del deudor, con el objeto de solicitar la medida cautelar de retención con la finalidad de garantizar el cobro de un crédito en un juicio civil.

RESPUESTA: Lo considero perjudicial, ya que el sigilo bancario no permite la obtención de certificados bancarios a otras personas que no sea el titular o las entidades autorizadas para el efecto, lo que impide la solicitud de la medida de retención de cuenta, ya que se requiere justificar que la cuenta es de propiedad del deudor como requisito sine qua non.

2.- Conoce Usted que las diligencias pre-procesales de prueba en las que se requiere certificaciones de saldo y propiedad de cuenta, son rechazadas por no constar entre los casos de excepción del sigilo bancario establecido en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

RESPUESTA: Por lo indicado en mi respuesta anterior, las diligencias pre-procesales son rechazadas o deben ser rechazadas de acuerdo a la normativa vigente, aunque en mi experiencia profesional he observado que algunas son aceptadas a trámite mientras que otras no, lo cual indica un nivel de desconocimiento por parte de los operadores de justicia.

3.- En su criterio, la actual regulación del sigilo bancario afecta uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de retención, esto es la justificación de la existencia de los bienes del deudor (capitales depositados en cuenta bancaria).

RESPUESTA: Si precisamente si no se justifica la propiedad de la cuenta no procede la retención, ya que la prueba sumaria no cabría en este caso ya que es información sujeta a sigilo bancario.

4.- Que aspectos consideraría Usted necesarios en una reforma a la regulación legal del sigilo bancario que permita la procedencia práctica de la medida cautelar de retención de cuentas.

RESPUESTA: Establecer competencia a los jueces de contravenciones para que requieran certificaciones bancarias como prueba para la demanda que se está preparando.

5.- Usted considera adecuado establecer a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario, para que el acreedor pueda cumplir los presupuestos de la medida de retención de cuentas.

RESPUESTA: Si, ya que la diligencia pre-procesal es un mecanismo de obtención de justificativos para preparar demandas u otros asuntos legales

ANÁLISIS: El entrevistado aporta valiosos aspectos de la experiencia profesional del ejercicio de la Abogacía en la cual se requiere de las diligencias pre-procesales de prueba para obtener los documentos que van a ser base de una demanda, denuncia o diligencia, pero como indica el entrevistado, la actual regulación legal del sigilo bancario impide la obtención de la certificación bancaria mediante diligencia pre-procesal de prueba, lo que impide la solicitud de la medida cautelar de retención de valores en cuentas.

ENTREVISTA NRO. 2 APLICADA A AUXILIAR JUDICIAL DE LA UNIDAD JUDICIAL DE CONTRAVENCIONES DE LOJA

1.- En su experiencia, cómo considera Usted el obstáculo que origina el sigilo bancario, respecto de la obtención de un certificado de cuenta y saldo del deudor, con el objeto de solicitar la medida cautelar de retención con la finalidad de garantizar el cobro de un crédito en un juicio civil.

RESPUESTA: La competencia de la Unidad Judicial de Contravenciones viene determinada por las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, en la cual se han determinado que es competente para conocer las diligencias pre-procesales de prueba en materia civil y penal, pero los requerimientos de certificados bancarios se encuentra vedado para esta Unidad Judicial, ya que se encuentran bajo el amparo del sigilo bancario.

2.- Conoce Usted que las diligencias pre-procesales de prueba en las que se requiere certificaciones de saldo y propiedad de cuenta, son rechazadas por no constar entre los casos de excepción del sigilo bancario establecido en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

RESPUESTA: Deben ser rechazadas en amparo a lo establecido en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ya que los jueces de contravenciones no son jueces de instancia en un litigio.

3.- En su criterio, la actual regulación del sigilo bancario afecta uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de retención, esto es la justificación de la existencia de los bienes del deudor (capitales depositados en cuenta bancaria).

RESPUESTA: Si afecta, por cuanto no son procedentes las diligencias pre-procesales para obtener certificaciones bancarias, y esto afecta la medida de retención si se la plantea como providencia preventiva, o en la demanda, pero hay que aclarar que se puede solicitar la medida cautelar en cualquier estado del juicio, claro que existe el riesgo de que se retiren los depósitos de la cuenta y se perjudique al acreedor.

4.- Que aspectos consideraría Usted necesarios en una reforma a la regulación legal del sigilo bancario que permita la procedencia práctica de la medida cautelar de retención de cuentas.

RESPUESTA: Establecer como excepción a las diligencias pre-procesales de prueba, ya que solo en ese caso serían procedentes tales diligencias y se efectivizaría la figura legal de la retención.

5.- Usted considera adecuado establecer a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario, para que el acreedor pueda cumplir los presupuestos de la medida de retención de cuentas.

RESPUESTA: Si sería necesario para efectivizar a la retención, ya que el ordenamiento jurídico debe tener concordancia y concatenación.

ANÁLISIS: El entrevistado aporta valiosos conocimientos acerca de que el sigilo bancario no ha previsto una excepción al requerimiento de prueba mediante diligencias pre-procesales prueba ante los jueces de contravenciones, lo que no permite la obtención del certificado de propiedad de cuenta y saldo, por tanto se afecta a la medida cautelar de retención.

ENTREVISTA NRO. 3 APLICADA A SECRETARIO DE LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA

1.- En su experiencia, cómo considera Usted el obstáculo que origina el sigilo bancario, respecto de la obtención de un certificado de cuenta y saldo del deudor, con el objeto de solicitar la medida cautelar de retención con la finalidad de garantizar el cobro de un crédito en un juicio civil.

RESPUESTA: Es requisito esencial que el actor justifique la propiedad de la cuenta de ahorros, ya que si no se lo hace no se puede ordenar la retención de valores, por lo general se da en juicios ejecutivos en los cuales en amparo del Art. 421 y 422 del Código de Procedimiento Civil, se solicita que en el auto de pago se disponga las medidas cautelares en las que consta la retención de bienes del deudor que estén en poder de un tercero.

2.- Conoce Usted que las diligencias pre-procesales de prueba en las que se requiere certificaciones de saldo y propiedad de cuenta, son rechazadas por no constar entre los casos de excepción del sigilo bancario establecido en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

RESPUESTA: Si ya que los únicos competentes para solicitar son los jueces que conocen del proceso principal.

3.- En su criterio, la actual regulación del sigilo bancario afecta uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de retención, esto es la justificación de la existencia de los bienes del deudor (capitales depositados en cuenta bancaria).

RESPUESTA: Si lo afecta ya que el acreedor no podría obtener la certificación antes de proponer la demanda, y eso es un riesgo de que los fondos sean retirados, ocasionando perjuicio al acreedor.

4.- Que aspectos consideraría Usted necesarios en una reforma a la regulación legal del sigilo bancario que permita la procedencia práctica de la medida cautelar de retención de cuentas.

RESPUESTA: Que se autorice el acceso a un tercero a esta información, pero con oficio de juez de contravenciones.

5.- Usted considera adecuado establecer a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario, para que el acreedor pueda cumplir los presupuestos de la medida de retención de cuentas.

RESPUESTA: Si por la razón indicada en la pregunta anterior.

ANÁLISIS: El entrevistado aporta valiosos conocimientos acerca de la procedencia de las medidas cautelares especialmente en juicios civiles, en los que se requiere de una certificación bancaria para que proceda la medida cautelar de retención de cuentas bancarias.

ENTREVISTA NRO. 4 APLICADA Ha ABOGADO EN EJERCICIO

1.- En su experiencia, cómo considera Usted el obstáculo que origina el sigilo bancario, respecto de la obtención de un certificado de cuenta y saldo del

deudor, con el objeto de solicitar la medida cautelar de retención con la finalidad de garantizar el cobro de un crédito en un juicio civil.

RESPUESTA: Es completamente perjudicial, ya que las diligencias pre-procesales de prueba son negadas en casos de requerimientos de información bancaria, aunque hay aspectos que tener en consideración al momento de solicitar este tipo de diligencias, ya que el indicar que existe juicio planteado, también es motivo de inadmisión a trámite.

2.- Conoce Usted que las diligencias pre-procesales de prueba en las que se requiere certificaciones de saldo y propiedad de cuenta, son rechazadas por no constar entre los casos de excepción del sigilo bancario establecido en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

RESPUESTA: Si conozco que son rechazadas y que de acuerdo al marco legal debe ser rechazadas, incluso desde antes de que las diligencias pre-procesales sean competencia de los jueces de contravenciones, esto es cuando eran competencia de las Intendencia de Policía, algunas veces se concedió tales requerimientos, e incluso algunos bancos respondieron al requerimiento, pero Bancos como el Bolivariano y el Pichincha, negaron la certificación en función del sigilo bancario.

3.- En su criterio, la actual regulación del sigilo bancario afecta uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de retención, esto es la justificación de la existencia de los bienes del deudor (capitales depositados en cuenta bancaria).

RESPUESTA: Si ya que sin el certificado la retención se torna en improcedente.

4.- Que aspectos consideraría Usted necesarios en una reforma a la regulación legal del sigilo bancario que permita la procedencia práctica de la medida cautelar de retención de cuentas.

RESPUESTA: Reformar la regulación respecto del sigilo bancario.

5.- Usted considera adecuado establecer a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario, para que el acreedor pueda cumplir los presupuestos de la medida de retención de cuentas.

RESPUESTA: Si sería adecuado, ya que efectivizaría las medidas cautelares que aseguren el fin del proceso de cobro, y con ello el derecho y principio de la tutela judicial efectiva.

ANÁLISIS: El entrevistado aporta valiosos conocimientos de la práctica profesional, y de ello se desprende que el marco legal del sigilo bancario impide que un tercero acceda a la información bancaria, incluso si ha solicitado oficio de juez de contravenciones en una diligencia pre-procesal, lo cual requiere ser reformado con el objeto de efectivizar la medida de retención de caudales.

ENTREVISTA NRO. 5 APLICADA A ABOGADA EN EJERCICIO

1.- En su experiencia, cómo considera Usted el obstáculo que origina el sigilo bancario, respecto de la obtención de un certificado de cuenta y saldo del deudor, con el objeto de solicitar la medida cautelar de retención con la finalidad de garantizar el cobro de un crédito en un juicio civil.

RESPUESTA: No tengo mucho conocimiento al respecto, pero en forma general puedo indicar que se requiere justificar que la cuenta sea del deudor para congelar los fondos en ella.

2.- Conoce Usted que las diligencias pre-procesales de prueba en las que se requiere certificaciones de saldo y propiedad de cuenta, son rechazadas por no constar entre los casos de excepción del sigilo bancario establecido en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

RESPUESTA: No tengo un conocimiento específico al respecto.

3.- En su criterio, la actual regulación del sigilo bancario afecta uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de retención, esto es la justificación de la existencia de los bienes del deudor (capitales depositados en cuenta bancaria).

RESPUESTA: Considero que si afectaría.

4.- Que aspectos consideraría Usted necesarios en una reforma a la regulación legal del sigilo bancario que permita la procedencia práctica de la medida cautelar de retención de cuentas.

RESPUESTA: Que se pueda certificar a petición de Abogado en la entidad financiera.

5.- Usted considera adecuado establecer a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario, para que el acreedor pueda cumplir los presupuestos de la medida de retención de cuentas.

RESPUESTA: Si o que se haga mediante petición de Abogado.

ANÁLISIS: La entrevistada aporta valiosos conocimientos que serán considerados en la propuesta de reforma legal que plantea la presente tesis.

6.3 Estudio de Casos.

Dentro del Estudio de Casos, he encontrado un expediente tramitado en la Unidad Judicial Especializada Primera de Contravenciones del Cantón Loja, respecto de una diligencia pre-procesal de prueba en la que se requiere información bancaria sujeta a sigilo:

Nro. 11151-2013-1187

Conoce: Unidad Judicial Especializada Primera de Contravenciones del Cantón Loja.

Asunto: Diligencia Pre-procesal de Prueba-Petición de Oficio.

Accionante: ABOGADO W.A.S.C.

Relación de los hechos (síntesis): El **ABOGADO W.A.S.C.** presenta ante la Unidad Judicial Especializada Primera de Contravenciones del Cantón Loja, una petición de diligencia pre-procesal de prueba, para que se remita un oficio a todas las Cooperativas de Ahorro y Crédito y Bancos que detalla en su libelo inicial, a fin de que se sirvan certificar si el señor **O. R. C. V.** tiene cuenta de ahorros o cuenta corriente, con indicación del saldo actual.

Resolución: Mediante decreto de fecha martes 04 de julio del 2013, las 14h04, la señora Jueza de la Unidad de Contravenciones del Cantón Loja, dicta auto de abstención a trámite indicando que no es competente para requerir tal información, ya que la petición presentada no se enmarca en ninguno de los casos de excepción previstos en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. El accionante **ABOGADO W.A.S.C.** solicita revocatoria, petición que es denegada. Luego interpone recurso de apelación ante el inmediato superior, radicada la competencia en el Juzgado Segundo de Garantías Penales de Loja, quien rechaza el recurso interpuesto, indicando que la ley no ha previsto recurso para las diligencias pre-procesales de prueba, y que el recurso esta indebidamente concedido.

Análisis: Del presente proceso se puede determinar que la regulación actual del sigilo bancario, no establece como caso de excepción los requerimiento de prueba de los jueces de contravenciones mediante diligencias pre-procesales de prueba, lo cual afecta a la medida cautelar de retención de cuentas, ya que se requiere certificación de propiedad y saldo actual de la cuenta para que sea procedente la retención, es decir justificar el *fumus boni iure* o es decir la apariencia de buen derecho para la procedencia de la providencia preventiva.

7. DISCUSIÓN

7.1 Verificación de Objetivos.

Al haber culminado la revisión de literatura y la investigación de campo, en momento de proceder a la verificación de los objetivos propuestos en el proyecto de tesis:

7.1.1 Objetivo General:

“Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario de la regulación legal del sigilo bancario en el Ecuador, y su repercusión negativa para la medida cautelar civil de retención de valores en cuentas bancarias.”

El objetivo general se verificó con el desarrollo de la revisión de literatura, en la cual desde un marco conceptual, jurídico y doctrinario, se inició el estudio con las definiciones de las instituciones financieras, el secreto o sigilo bancario, y las medidas cautelares, especialmente la retención que recae sobre bienes muebles en poder de un tercero a quien el juzgador le impone la obligación de retención hasta nueva disposición judicial.

Desde los presupuestos legales y doctrinarios, toda medida cautelar requiere que se justifique la veracidad del crédito y la propiedad de los bienes del deudor (fumus boni iure=humo de buen derecho o en un sentido interpretativo más acertado, apariencia de buen derecho), y en segundo el peligro de que los fondos de la cuenta bancaria sean retirados (desaparición u ocultación).

Por lo cual se ha determinado en el marco jurídico que existe un vacío legal respecto de los requerimientos de prueba mediante diligencias pre-procesales de prueba, lo que frustra la medida de retención, la misma que debe efectuarse de forma anticipativa al juicio principal o antes de citarse al demandado (característica inaudita pars=sin audiencia de parte), para que tenga eficacia y evitar que los fondos sean retirados y se perjudique el acreedor

7.1.2 Objetivos Específicos: En el presente trabajo investigativo se planteó los siguientes objetivos específicos:

1) Analizar la naturaleza, características y efectos jurídicos del sigilo bancario.

El presente objetivo específico se verificó con el desarrollo del marco doctrinario de la revisión de literatura, ya que abordó el origen y evolución histórica del sigilo

bancario, el cual inicio como una práctica de reserva de las congregaciones religiosas quienes iniciaron con la actividad prestamista, así como fueron recogidas en diversos edictos en Francia y otros países europeos, y actualmente es una regulación obligatoria en todos los países del mundo.

El sigilo bancario tiene su origen en diversas teorías, referentes al uso o costumbre bancaria, al contrato entre banco y cliente y en secreto profesional, todo ello tiene una íntima relación que es recogida por el derecho, por lo que es también una obligación jurídica que impone la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y que sanciona tanto civil como penalmente.

Las características del sigilo bancario es una obligación de no hacer (abstención), es indeterminada en el tiempo incluso si ya o existen relaciones comerciales entre el banco y el cliente, y es de efectos generales ante terceros.

2) Analizar la naturaleza, características y requisitos de procedibilidad para la medida cautelar civil de retención de caudales en cuentas bancarias.

El presente objetivo se verifica con el desarrollo del marco doctrinario, en el cual se establecen que las medidas cautelares en las que se incluye la retención, son providencias preventivas de carácter accesorio, provisional, flexibles, que se dictan sin audiencia de la parte contra la cual se la libran.

También se ha determinado que las medidas cautelares tienen una finalidad conservativa, anticipativa en ciertos casos, e innovativa para evitar alteraciones la prueba que servirá de base para resolver el asunto principal del juicio.

De igual manera en el marco jurídico se analizan las disposiciones referentes a las características de la medida cautelar de retención, determinándose que es una providencia que recae sobre bienes muebles, pero que a diferencia del secuestro, estos bienes se encuentran en poder de un tercero a quien el juez le impone la obligación de retenerlos, y esto es bajo prevenciones de orden legal.

También la retención recae especialmente sobre rentas y caudales de dinero que están principalmente en instituciones financieras, aunque pueden estar también en detentación de un tercero particular.

3) Determinar los obstáculos procesales para la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, que ocasiona la actual regulación legal del

sigilo bancario previsto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

El presente objetivo específico se verificó con los resultados obtenidos en la pregunta tercera de la encuesta, en los cuales se determinó que veintiséis personas que constituyen el 87 % de la muestra poblacional, respondieron que consideran inadecuado que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no exista el caso de excepción el requerimiento de prueba de jueces de contravenciones en una diligencia pre-procesal de prueba, principalmente porque existen muchos trámites que requieren una certificación bancaria, tal como el caso de una denuncia por estafa en la que hayan depósitos bancarios, requiere el denunciante conocer exactamente los montos, ya que hay responsabilidad penal por la denuncia temeraria y maliciosa. En el caso de juicios civiles de cobro una medida cautelar es la retención de valores en cuentas, y para su efectividad se requiere de una certificación con la que el accionante pruebe la propiedad de la cuenta y su saldo, para solicitar la medida cautelar, y que los acreedores a no ser el titular de la cuenta bancaria están impedidos a tener conocimiento de estos particulares.

También indican los encuestados que los requerimientos pre-procesales de prueba no están contemplados en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y esto perjudica ya que un juez de contravenciones no está autorizado para requerir esta información, por tanto el acreedor no puede efectuar la medida de retención. Que por este vacío legal los jueces de contravenciones niegan o se abstienen de tramitar diligencias pre-procesales que sean referentes a datos bancarios o financieros.

También se verifica con los resultados obtenidos mediante la pregunta cuarta de la encuesta en la que veintiocho personas que representan el 93%, respondieron que la regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al no haber previsto como un caso de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro, ya que las providencias preventivas o cautelares tienen por finalidad garantizar un proceso principal, generalmente de cobro, y para ello deben efectuarse en forma previa, o solicitarse en la demanda para que tenga efectividad.

Indican los encuestados que si se solicita la retención durante el decurso del proceso, sucede que existe el riesgo de que el deudor retire los fondos de la cuenta bancaria, ya que la diligencia no es tan rápida, ya que se debe realizar un despacho para que un Agente de Policía efectúe la retención y además en el Banco hay un trámite de revisión de varios departamentos especialmente jurídico para que queden retenidos los valores.

4) Realizar un estudio de Derecho Comparado referente al sigilo bancario y a la retención de valores en cuentas bancarias, especialmente con países de América Latina.

El presente objetivo específico se verifica con el desarrollo del Estudio de Derecho comparado, en el cual se efectuó un análisis comparativo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y las legislaciones de los países de Perú y Paraguay.

En Perú con la LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS o Ley Nro. 26702; y en Paraguay con la LEY GENERAL DE BANCOS, FINANCIERAS Y OTRAS ENTIDADES DE CREDITO LEY o Ley Nro. 861; que ambas legislaciones establecen entre los casos de excepción al sigilo bancario a los requerimientos de autoridad judicial competente, cuando el cliente del banco de quien se requiere la información sea parte procesal, es decir, de igual manera que en Ecuador debe ser el requerimiento por un juez de causa.

5) Efectuar un Estudio de Casos de diligencias pre-procesales de prueba de certificaciones bancarias, en las que se haya dictado abstención a trámite por causa del sigilo bancario, o que los bancos oficiados se hayan negado en proporcionar las certificaciones por el sigilo bancario.

El presente objetivo específico se verifica con el desarrollo del punto 6.3 Estudio de Casos, en los cuales se efectúa un análisis de la diligencia pre-procesal de prueba signada con el Nro. 11151-2013-1187 de la Unidad Judicial Especializada Primera de Contravenciones del Cantón Loja, propuesta por el **ABOGADO W.A.S.C.**, por la cual se requiere que se remita un oficio a todas las Cooperativas de Ahorro y Crédito y Bancos que detalla en su libelo inicial, a fin de que se sirvan certificar si el

señor **O. R. C. V.** tiene cuenta de ahorros o cuenta corriente, con indicación del saldo actual.

Diligencia en que se evidencia los efectos jurídicos del sigilo bancario, ya que la misma no es aceptada a trámite mediante decreto de fecha martes 04 de julio del 2013, las 14h04 de la señora Jueza de la Unidad de Contravenciones del Cantón Loja, dicta auto de abstención a trámite indicando que no es competente para requerir tal información, ya que la petición presentada no se enmarca en ninguno de los casos de excepción previstos en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

6) Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la que principalmente se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba.

El presente objetivo se verifica con los resultados obtenidos en la pregunta quinta de la encuesta, en la cual veinticinco personas que representan el 83%, respondieron que si consideran necesario realizar una Reforma Jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la que principalmente se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, ya que una reforma en este sentido, permitiría que el acreedor pueda obtener una certificación bancaria como justificación para la medida de retención.

7.2 Contratación de Hipótesis.

Que en el proyecto de tesis se planteó la siguiente hipótesis:

“La regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no ha previsto como un caso de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, lo que ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro.”

La hipótesis se contrastó como verdadera mediante los resultado obtenidos en la pregunta cuarta de la encuesta, de los cuales veintiocho personas que representan el

93%, respondieron que la regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al no haber previsto como un caso de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro, ya todas las providencias preventivas o cautelares tienen por finalidad garantizar un proceso principal, generalmente de cobro, y para ello deben efectuarse en forma previa, o solicitarse en la demanda para que tenga efectividad.

Y que para que sean efectivas las medidas cautelares, es preciso que se realicen sin conocimiento de la parte al cual se le aplica, ya que de esto depende la eficacia de las medidas, y en especial que los bienes no sean ocultados o desaparecidos.

Que para lograr esta finalidad el medio óptimo sería una diligencia pre-procesal de prueba, que por la regulación actual no procede, ya que no está contemplado como un caso de excepción al sigilo bancario en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

7.3 Fundamento Jurídico de la Propuesta de Reforma.

La propuesta de reforma jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la fundamento en los siguientes aspectos:

a.- Principios Constitucionales: La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 numerales 19 y 20 establece el derecho a la protección de datos de carácter personal que incluye el acceso y la decisión sobre información personal, recolección, archivo, procesamiento, distribución o distribución de información solo con autorización del titular o por mandato de la ley; así como el derecho a la intimidad personal y familiar.

De igual manera la Carta Magna establece en su Art. 302 numeral 2 que dentro de los objetivos de la política financiera del Estado, se encuentra establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera, lo que influye en el sistema prestacional o crediticio a cargo de las instituciones financieras autorizadas en el país, así como que las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los

requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país;

El sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Así como que el sistema financiero en el Ecuador está compuesto por tres niveles, el sector público regido por el Banco Central del Ecuador, el sector privado en el cual figura la Banca Privada y las entidades financieras que tienen autorización para operar con el público, y en un tercer lugar el sector financiero popular y solidario en el cual se encuentra el sector cooperativo que se regula por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, así como cuenta con su propio organismo de control que es la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria;

b.- La actual regulación del sigilo bancario en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece un obstáculo para la medida cautelar de retención: Los Arts. 88 y 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, establecen los casos sobre los que recae el sigilo bancario y sus casos de excepción, siendo este último punto de vital importancia ya que están exentos del sigilo bancario el Banco Central, Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Bancos, Fiscalía y Jueces en conocimiento de causas;

Los jueces de contravenciones en diligencias pre-procesales de prueba **NO SON JUECES DE CAUSA** y por tanto no pueden requerir certificaciones bancarias, lo que afecta a la medida cautelar de retención que para su procedencia se requiere justificar la propiedad y saldo de la cuenta, así como para que sea efectiva se requiere presentar como medida cautelar o en la demanda de cobro, con el objeto de evitar la ocultación o desaparición de los valores de la cuenta.

c.- Aspectos a Reformar: En la presente reforma se establecerá un caso más de excepción al sigilo bancario en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la cual se establezca como excepción a las diligencias pre-procesales de prueba.

8. CONCLUSIONES

Del presente trabajo investigativo puedo concluir lo siguiente:

- 1.-** El sigilo bancario es una obligación legal establecida en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, de la cual las instituciones financieras deben abstenerse de la divulgación de la información a terceros, salvo los casos excepción previstos en la ley.
- 2.-** Que son dos los presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares, esto es la justificación del crédito o derecho y la propiedad de los bienes del deudor lo que la doctrina denomina *fumus boni iure*, y el segundo requisito es que se pruebe el peligro en que los bienes sean ocultados o desaparecidos.
- 3.-** Que la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias requiere de un certificado de propiedad de cuenta y saldo actual, el cual solo puede ser conferido por la institución financiera correspondiente.
- 4.-** Que la actual regulación del sigilo bancario ha establecido entre sus casos de excepción en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, los requerimientos de información del Banco Central, Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Bancos y Seguros, y los requerimientos de prueba de jueces y fiscales en conocimiento de causas.
- 5.-** Que existe un obstáculo para la procedencia de la medida cautelar de retención en forma efectiva, ya que esta medida solo surte el efecto conservativo cuando se solicita como providencia preventiva o en la demanda, ya que depende de que el deudor no tenga conocimiento hasta que se practique la medida, para prevenir que los bienes se oculten o desaparezcan.
- 6.-** Del Estudio de Derecho Comparado se determina que tanto en las legislaciones de Ecuador, Perú y Paraguay, el sigilo bancario, secreto bancario o deber de secreto como se denomina respectivamente en los indicados marcos legales, tienen como excepción el requerimiento de autoridades judiciales competentes, y en un juicio de causas.
- 7.-** Que las diligencias pre-procesales de prueba serían el mecanismo procesal adecuado para obtener la certificación bancaria que efectivizaría la medida cautelar de retención, ya sea propuesta como providencia preventiva o solicitada en la demanda.
- 8.-** Que es necesario efectuar una reforma legal a la Ley General de las Instituciones del Sistema Financiero, en la que se establezca a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario.

9. RECOMENDACIONES

Del presente trabajo investigativo puedo recomendar lo siguiente:

- 1.-** A la Superintendencia de Bancos y Seguros, que se garantice el estricto cumplimiento de la obligación de guardar sigilo bancario a las Instituciones del Sistema Financiero, especialmente el intercambio de información crediticia entre instituciones y el buró de crédito.
- 2.-** A la Asamblea Nacional, que al expedir leyes tengan en consideración que las medidas de reserva y confidencialidad, especialmente el sigilo bancario, pueden afectar a otras instituciones procesales como las medidas cautelares en las que se requiere probar la existencia del crédito o derecho y la propiedad de los bienes del deudor lo que la doctrina denomina *fumus boni iure*, y el segundo requisito es que se pruebe el peligro en que los bienes sean ocultados o desaparecidos.
- 3.-** A las Instituciones Financieras, que al momento de recibir un requerimiento de información se aseguren antes de conferir el certificado de propiedad de cuenta y saldo actual, que la petición se enmarque en lo previsto en el marco legal vigente.
- 4.-** Al Banco Central, Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Bancos y Seguros, y jueces y fiscales en conocimiento de causas, que al momento de requerir y obtener información bancaria sujeta a sigilo eviten la divulgación de su contenido, especialmente cuando se trate de procesos penales, en los que es necesario se dicten las medidas de restricción.
- 5.-** Al Agente de Policía, que al momento de cumplir una providencia preventiva o cautelar evite dar información o conocimiento al deudor para prevenir que los bienes se oculten o desaparezcan, antes de que se practique la diligencia.
- 6.-** A las Universidades, que realicen estudios de Derecho Comparado con el objeto de determinar importantes instituciones que pueden mejorar nuestro ordenamiento jurídico y las instituciones procesales.
- 7.-** A la Asamblea Nacional, que se reforme la Ley General de las Instituciones del Sistema Financiero, en la que se establezca a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario, y de esta forma se efectivice la medida cautelar de retención, ya sea propuesta como providencia preventiva o solicitada en la demanda.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 numeral 19 establece el derecho a la protección de datos de carácter personal que incluye el acceso y la decisión sobre información personal, recolección, archivo, procesamiento, distribución o distribución de información solo con autorización del titular o por mandato de la ley;

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 numeral 20 establece el derecho a la intimidad personal y familiar;

Que, la Constitución de la República del Ecuador establece en su Art. 302 numeral 2 que dentro de los objetivos de la política financiera del Estado, se encuentra establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera, lo que influye en el sistema prestacional o crediticio a cargo de las instituciones financieras autorizadas en el país;

Que, el Art. 308 de la Constitución establece que las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país;

Que, el Art. 309 de la Carta Magna establece que el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Así como que el sistema financiero en el Ecuador está compuesto por tres niveles, el sector público regido por el Banco Central del Ecuador, el sector privado en el cual figura la Banca Privada y las

entidades financieras que tienen autorización para operar con el público, y en un tercer lugar el sector financiero popular y solidario en el cual se encuentra el sector cooperativo que se regula por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, así como cuenta con su propio organismo de control que es la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria;

Que, en función del derecho de protección a los datos de carácter personal y derecho a la intimidad personal y familiar, se ha instituido la figura del sigilo bancario que el Art. 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, protege que esta información sea divulgada a tercero sin autorización del titular;

Que, el Art. 88 y 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, establecen excepciones al sigilo bancario especialmente en favor del Banco Central, Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Bancos, Fiscalía y Jueces en conocimiento de causas;

Que, los jueces de contravenciones en diligencias pre-procesales de prueba no son JUECES DE CAUSA y por tanto no pueden requerir certificaciones bancarias, lo que afecta a la medida cautelar de retención que para su procedencia se requiere justificar la propiedad y saldo de la cuenta, así como para que sea efectiva se requiere presentar como medida cautelar o en la demanda de cobro, con el objeto de evitar la ocultación o desaparición de los valores de la cuenta;

La Asamblea Nacional en uso de sus facultades establecidas en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL
SISTEMA FINANCIERO**

ART. 1.- Que en la parte final del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se agregue el siguiente literal:

“h) Los requerimientos de prueba solicitados mediante diligencias pre-procesales prueba, para lo cual el accionante deberá justificar ante la Jueza o Juez de Contravenciones la existencia del crédito exclusivamente mediante título ejecutivo u obligación que conste por documento público. En los demás casos se requerirá de sentencia que declare la existencia del crédito.”

ART. 2.- La presente reforma entrará en vigencia desde su promulgación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los... días...del mes de...del año...

.....

(f) PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

.....

(f) SECRETARIO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

10. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ADÁN NIETO Martín, **LA CONTRATACIÓN BANCARIA (OBRA COLECTIVA)**, Editorial Dykinson, Madrid-España, 2007.
- ❖ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo I, Editorial Heliasta, Argentina, 1976.
- ❖ CALAMANDREI Piero, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES**, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires-Argentina, 1945.
- ❖ CARNELLUTI F., **INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL**, Tomo I, Editorial Egea.
- ❖ CAZORLA Luis María, **EL SECRETO BANCARIO**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978.
- ❖ CHACÓN ROJAS Oswaldo-NATARÉN Carlos, **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO**, Editorial de la SEGOB, Estados Unidos Mexicanos-Gobierno Federal, México.
- ❖ CHIRIBOGA Luis Alberto, **SISTEMA FINANCIERO**, 1era Edición, Quito-Ecuador, 2007.
- ❖ CISNEROS FARÍAS Germán, **DICCIONARIO DE FRASES Y AFORISMOS LATINOS**, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- ❖ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a julio del 2014, Quito-Ecuador.
- ❖ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a septiembre del 2014, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- ❖ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ Jesús, **TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL**, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000.
- ❖ DÍEZ-PICAZO Luis, **FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**, Vol. II, 6ta Edición, Editorial Thomson-Civitas, 2008.

- ❖ DOSSIER, **DICCIONARIO DIOSER CORPORATIVO**, FEDECREDITO, 2005.
- ❖ FALCÓN Enrique, **GRÁFICA PROCESAL**, Tomo IV, 2da Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina.
- ❖ GOBAT Jeanne, **¿QUÉ ES UN BANCO?**, Publicación en la Revista “Vuelta a lo Esencial”, Marzo del 2012.
- ❖ GONZALEZ SEPULVEDA Jaime, **EL DERECHO A LA INTIMIDAD PRIVADA**, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972.
- ❖ JIMÉNEZ DE PARGA Rafael, **EL SECRETO BANCARIO EN EL DERECHO ESPAÑOL**, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 113, España, 1969.
- ❖ KIELMANOVICH Jorge, **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN AMÉRICA: TEORÍA DEL PROCESO CAUTELAR**, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Argentina, 2000.
- ❖ LABARCA Jorge, **EL SECRETO BANCARIO**, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires-Aires Argentina, 1968.
- ❖ **LEY GENERAL DE BANCOS, FINANCIERAS Y OTRAS ENTIDADES DE CREDITO (PARAGUAY)**, LEY No. 861, http://www.cej.org.py/games/Leyes_por_Materia_juridica/BANCARIA/LEY%20No861.pdf
- ❖ **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, CONCORDANCIAS Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Serie Profesional, Actualizada a agosto del 2014, Quito-Ecuador.
- ❖ **LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS (PERÚ)**, Ley Nro. 26702, http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/regu_leygralbancseguro/LeyGeneral.pdf
- ❖ MALAGARRIGA Juan Carlos, **EL SECRETO BANCARIO**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1970.

- ❖ MARÍN GONZÁLEZ Juan Carlos, **MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL CHILENO**, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Chile.
- ❖ MOLLE Giacono, **MANUAL DE DERECHO BANCARIO**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1977.
- ❖ MONTERO AROCA Juan, **TRABAJOS DE DERECHO PROCESAL**, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1988.
- ❖ MORELLO Augusto-VÉSCOVI Enrique, **LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA: VALOR SUPREMO DEL PROCEDIMIENTO, EN EL ÁREA DE LA CAUTELA**, Revista Uruguay de Derecho Procesal Nro. 4, 1984.
- ❖ MORENO Catena, **EL PROCESO PENAL**, Vol. II, Valencia-España, 2000.
- ❖ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO Marcia, **SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA: REVELACIÓN DEL SECRETO BANCARIO**, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México.
- ❖ NIETO NAVIA Rafael, **LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: TEORÍA Y PRAXIS**, Editor Nieto Navia, San José-Costa Rica, 1994.
- ❖ OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, 1era Edición Electrónica, Editorial DATASCAN S.A., Guatemala.
- ❖ Pérez Escobar citado por LASANTA DE LA PEÑA J., **EN TORNO AL SECRETO BANCARIO**, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Núm. 135, 1978.
- ❖ PINTO LAVIN Juan, **SECRETO BANCARIO**, Régimen Legal, Editorial Patmos, Santiago de Chile, 1980.
- ❖ PODETTI Ramiro, **DERECHO PROCESAL CIVIL COMERCIAL Y LABORAL**, Tomo IV, Tratado de las Medidas Cautelares, EDIAR S.A. Editores, Buenos Aires-Argentina, 1956.
- ❖ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, 21ª Edición, Tomo V, Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid-España, 1992.

- ❖ ROCCO Ugo, **TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL**, Tomo V, Editorial DEPALMA, Buenos Aires-Argentina, 1977.
- ❖ RODRIGUEZ Joaquín, **DERECHO BANCARIO**, Editorial Porrúa, México, 1964.
- ❖ SABINO Carlos, **DICCIONARIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**, Editorial Panapo, Caracas-Venezuela, 1991.
- ❖ SÁNCHEZ CALERO Fernando, **PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL**, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006.
- ❖ SESMA SÁNCHEZ Begoña, **LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA**, Editorial Aranzadi, España, 2001.
- ❖ SHARPE Robert, **INJUNCTIONS AND SPECIFIC PERFORMANCE**, Editorial de la University of Toronto, Toronto-Canadá, 1983.
- ❖ SOLÁ Pere, **EL MUTUALISMO Y SU FUNCIÓN SOCIAL: SINOPSIS HISTÓRICA**, CIRIEC-España Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2003.
- ❖ VERGARA BLANCO Alejandro, **EL SECRETO BANCARIO: SOBRE SU FUNDAMENTO, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1990.
- ❖ ZALDIVAR, **DE LAS MEDIDAS PREJUDICIALES**, Santiago de Chile, 1933.

ANEXOS

11. ANEXOS

11.1 Encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Postulante: Luis Fernando Ludeña Pardo.

Con la finalidad de realizar un correcto desarrollo de mi tesis previo a optar por el título de Abogado, la misma que se intitula: **“LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS.”**, de la manera más respetuosa le solicito responder al siguiente cuestionario:

ENCUESTA

1.- ¿Conoce usted en qué consiste el Sigilo Bancario?

Si...

No...

Indique:.....
.....
.....

2.- ¿Cómo considera Usted que dentro de los casos de excepción al sigilo bancario, se haya establecido los requerimientos de prueba por parte de fiscales o jueces en conocimiento de causas?

Adecuado...

Inadecuado...

Porqué.....
.....
.....

3.- En un juicio de cobro de dinero para solicitar la medida de retención de una cuenta bancaria se requiere de un certificado de propiedad y saldo de cuenta conferido por la entidad bancaria. ¿Cómo considera el que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no exista el caso de excepción el requerimiento de prueba de un juez de contravenciones en una diligencia pre-procesal de prueba?

Adecuado...

Perjudicial...

Porqué.....
.....
.....

4.- ¿Considera Usted que la regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al no haber previsto como un caso de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro?

Si...

No...

Porqué.....
.....
.....
.....

5.- ¿Considera Usted necesario realizar una Reforma Jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la que principalmente se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba?

Si...

No...

Porqué.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.2 Entrevista



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Postulante: Luis Fernando Ludeña Pardo.

Con la finalidad de realizar un correcto desarrollo de mi tesis previo a optar por el título de Abogado, la misma que se intitula: **“LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS.”**, de la manera más respetuosa le solicito responder al siguiente cuestionario:

ENTREVISTA

1.- En su experiencia, cómo considera Usted el obstáculo que origina el sigilo bancario, respecto de la obtención de un certificado de cuenta y saldo del deudor, con el objeto de solicitar la medida cautelar de retención con la finalidad de garantizar el cobro de un crédito en un juicio civil.

.....
.....
.....

2.- Conoce Usted que las diligencias pre-procesales de prueba en las que se requiere certificaciones de saldo y propiedad de cuenta, son rechazadas por no constar entre los casos de excepción del sigilo bancario establecido en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

.....
.....
.....

3.- En su criterio, la actual regulación del sigilo bancario afecta uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de retención, esto es la justificación de la existencia de los bienes del deudor (capitales depositados en cuenta bancaria).

.....
.....
.....

4.- Que aspectos consideraría Usted necesarios en una reforma a la regulación legal del sigilo bancario que permita la procedencia práctica de la medida cautelar de retención de cuentas.

.....
.....
.....

5.- Usted considera adecuado establecer a las diligencias pre-procesales de prueba como un caso de excepción al sigilo bancario, para que el acreedor pueda cumplir los presupuestos de la medida de retención de cuentas.

.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.3 Anteproyecto



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Proyecto de Tesis previa a la obtención del título de Abogado

TEMA: LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS.

POSTULANTE: LUIS FERNANDO LUDEÑA PARDO.

Loja-Ecuador

2014

1.- TEMA.

LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETENCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS.

2.- PROBLEMÁTICA.

Los depósitos y captaciones de dinero que sean realizadas en entidades financieras autorizadas (Bancos, Cooperativas de Ahorro, Cajas de Ahorro etc.), por disposición del Art. 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se encuentran bajo sigilo bancario, es decir su información únicamente se otorga a los titulares de las cuentas o a quien lo represente legalmente.

Ahora bien el sigilo aparte de proporcionar seguridad jurídica a los titulares, también conlleva serios obstáculos a la medida cautelar civil de retención, que se solicita con el objeto de garantizar el cobro de un crédito (pagaré a la orden, letra de cambio o cheque protestado), por las siguientes razones:

a.- Las medidas cautelares según el Art. 897 Código de Procedimiento Civil pueden solicitarse antes de la demanda o en cualquier estado del juicio, lo que tiene concordancia con lo establecido por el Art. 422 del Código de Procedimiento Civil, que indica que en el juicio ejecutivo en la demanda se pueden pedir el ejecutante la retención o el secuestro de bienes muebles.

En este contexto, cabe definir a la retención como la medida cautelar que recae sobre bienes que se hallen en poder de un tercero, a quien el Juez da la orden de retener tales bienes, siendo el ejemplo más práctico el caso de las cuentas bancarias, en las cuales el acreedor puede solicitar la retención de los valores depositados en dichas cuentas con el objeto de garantizar el cobro de su crédito.

b.- El Art. 899 del C.P.C. para que sea procedente el secuestro o la retención, exige en primer lugar que se justifique con pruebas instrumentales la existencia del crédito, lo cual se cumple con la presentación del título ejecutivo (letra de cambio o pagaré a la orden), y en segundo lugar, que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en mal estado, que no alcancen para cubrir la deuda o que exista riesgo de que puedan desaparecer, ocultarse o enajenarse.

Es en este segundo requisito donde surge la problemática jurídica que estoy indicado, la prueba de valores depositados en una cuenta bancaria solo puede ser justificada mediante **CERTIFICADO DE PROPIEDAD DE LA CUENTA Y DE SALDO ACTUAL** conferida por la institución financiera.

c.- El sigilo bancario establece que la institución financiera solo puede conceder tal certificación al titular, entonces aparece un obstáculo para el acreedor, pues cómo obtiene una certificación de la cuenta del deudor, si solo este último puede solicitar la certificación por ser el titular de la cuenta.

Ante esto surgen las denominadas diligencias pre-procesales de prueba que se tramitan ante los Jueces de Contravenciones, por medio de las cuales se pueden solicitar certificaciones, pero sucede que los Jueces de Contravenciones niegan estas peticiones indicando que **NO SON JUECES DE CAUSA** para requerir tales certificaciones.

d.- La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en su Art. 91, establece excepciones al sigilo bancario, especialmente a los requerimientos efectuados por jueces y fiscales en las causas que se estuvieren

conociendo, al Servicio de Rentas Internas y autoridades de control. Por lo que se desprende que no hay forma que el acreedor pueda obtener una **CERTIFICACION DE CUENTA Y SALDO** para solicitar en la demanda la medida cautelar de retención con el objeto de amparar su cobro, lo cual es un obstáculo para esta importante institución procesal civil.

e.- Únicamente iniciado el juicio el acreedor puede solicitar que el Juez de causa requiera la certificación y disponga la medida cautelar de retención, lo cual tampoco ofrece mayor seguridad, por la siguiente consideración, si el deudor no comparece a juicio pese a estar citado existe un porcentaje considerable de éxito de la medida cautelar de retención.

Pero en el caso de que comparezca el demandado a juicio, toda solicitud de que se requiera la certificación bancaria y la retención procede ante el juez, pero no garantiza el éxito de la medida cautelar, pues hasta que venga la certificación bancaria y se practique la diligencia de retención, el deudor tranquilamente puede retirar los fondos de la cuenta perjudicando de esta forma al acreedor.

En algunos casos se ha dado que los jueces de contravenciones han concedido las diligencias pre-procesales de prueba de certificaciones bancarias, pero algunos Bancos como lo es el Banco del Pichincha no contestan al oficio del Juez de Contravención amparándose en la Ley de Instituciones Financieras, que establece que solo puede solicitar tal certificación un juez de causa (juicio controvertido o contencioso), y que el Juez de contravenciones en diligencias pre-procesales no es un juez de

causa, ya que no hay controversia, sino simplemente es una diligencia de carácter preparatorio que pertenece a la jurisdicción voluntaria.

f.- Para que la medida de retención sea efectiva requiere ser solicitada en la demanda, y para ello se requiere la **CERTIFICACIÓN BANCARIA** que actualmente la regulación legal de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero **no permite por el sigilo bancario.**

Una posible solución mediante reforma legal, sería establecer en los casos exentos de sigilo bancario, al requerimiento de un juez de contravenciones mediante una diligencia pre-procesal de prueba, de esta forma se efectivizaría la figura de medida cautelar de la retención de valores en cuentas bancarias.

3.- JUSTIFICACIÓN.

La presente problemática la he seleccionado debido a su gran trascendencia y relevancia, las cuales explico de acuerdo a los siguientes aspectos:

JUSTIFICACIÓN SOCIAL.- Desde la perspectiva social, la actual regulación del sigilo bancario, produce serios obstáculos para que los acreedores consigan certificaciones de propiedad de cuenta y saldo actual que pudieren tener sus respectivos deudores en entidades financieras autorizadas.

Por tanto se afecta a una de las principales garantías procesales para el cobro de créditos, como lo es la retención de valores en cuentas bancarias o de ahorros, ocasionando que los acreedores no puedan garantizar el cobro de sus préstamos.

JUSTIFICACIÓN CIENTÍFICO-JURÍDICA.- Por disposición del Art. 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, los depósitos y captaciones que se efectúen en instituciones financieras están bajo sigilo bancario, y su revelación solo se efectúa al titular de la cuenta o a quien lo represente legalmente.

Ante esta norma general, existen ciertas excepciones establecidas en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, esto es principalmente el requerimiento de prueba por parte de Fiscales y Jueces en conocimiento de causa.

Pero esta regulación legal no ha contemplado que para la procedencia de

figuras jurídicas como la medida cautelar de retención, que puede ser solicitada antes (como diligencia previa) o en la demanda, para garantizar el cobro de un crédito, se requiere de una prueba la existencia de los valores de la cuenta del deudor así como de su saldo, que constante además que esos valores pueden desaparecer u ocultarse por el deudor.

Por tanto para conseguir una certificación bancaria antes de iniciar la demanda se requiere de proponer una diligencia pre-procesal de prueba, petición que en la mayoría de los casos es rechazada por los Jueces de Contravenciones indicando que no son jueces de causas y que por tanto no son competentes para requerir tales pruebas que se encuentran bajo sigilo bancario.

Por tanto la regulación actual de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no permite la obtención de certificados de propiedad de cuenta y saldo, antes de un proceso judicial, lo cual afecta la figura jurídica de medida cautelar de retención de valores. Como indique en la problemática, en algunos casos excepcionales se han concedido tales diligencias pre-procesales de certificaciones bancarias, en contradicción a la ley (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero), pues no son competentes los jueces de contravenciones en diligencias pre-procesales para requerir certificaciones sujetas a sigilo.

En el mejor de los casos en que si se conceda la diligencia pre-procesal de prueba, los bancos niegan la información amparándose en el sigilo bancario, ya que los jueces de contravenciones en diligencias pre-procesales, no son

jueces de causa, y efectivamente es así, por ello surge una problemática jurídica de la necesidad de establecer un nuevo caso de excepción al sigilo bancario, esto sería el requerimiento por parte de un juez en una diligencia pre-procesal de prueba, lo que haría viable la medida de retención, y a su vez garantizaría la seguridad jurídica de los acreedores para que recobren sus préstamos.

JUSTIFICACIÓN ACADÉMICA: El presente trabajo investigativo del nivel de pre-grado es un requisito necesario previo a la obtención del título de abogado, así como de mi formación como futuro profesional del Derecho.

FACTIBILIDAD.- El presente proyecto de tesis es de factible investigación, debido a que existen las diferentes fuentes de acopio de información, tanto teórica como empírica.

4.- OBJETIVOS.

4.1.- Objetivo General:

Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario de la regulación legal del sigilo bancario en el Ecuador, y su repercusión negativa para la medida cautelar civil de retención de valores en cuentas bancarias.

4.2.- Objetivos Específicos:

- 1) Analizar la naturaleza, características y efectos jurídicos del sigilo bancario.
- 2) Analizar la naturaleza, características y requisitos de procedibilidad para la medida cautelar civil de retención de caudales en cuentas bancarias.
- 3) Determinar los obstáculos procesales para la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, que ocasiona la actual regulación legal del sigilo bancario previsto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.
- 4) Realizar un estudio de Derecho Comparado referente al sigilo bancario y a la retención de valores en cuentas bancarias, especialmente con países de América Latina.
- 5) Efectuar un Estudio de Casos de diligencias pre-procesales de prueba de certificaciones bancarias, en las que se haya dictado abstención a trámite por causa del sigilo bancario, o que los bancos oficiados se hayan negado en proporcionar las certificaciones por el sigilo bancario.

6) Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la que principalmente se establezca como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba.

5.- HIPÓTESIS:

La regulación actual del Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no ha previsto como un caso de excepción al sigilo bancario, a los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, lo que ocasiona un obstáculo para que el acreedor solicite la medida cautelar de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda civil de cobro.

6.- MARCO TEÓRICO.

Para comprender la problemática del presente proyecto de tesis, referente a: “LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETECIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS”, es necesario partir de algunos conceptos básicos, tal como es la definición de lo que es un banco, que según Manuel Ossorio es un:

“Establecimiento de crédito constituido en sociedad por acciones y cuyas operaciones pueden encaminarse a diversos fines: recepción en depósito (cuentas corrientes, libretas de ahorro, custodia en cajas fuertes), de dinero y otros bienes muebles de los particulares; descuento de documentos, fomento agrícola e industrial; préstamos hipotecarios. ...”⁶²

Un banco es una persona jurídica de carácter privado o público, por ejemplo es privado el Banco de Loja y público el Banco Nacional de Fomento, en general un banco es una institución que se encarga de la captación de dineros del público, para ponerlo a trabajar mediante diversas modalidades (generalmente préstamos e inversiones), para lograr la captación ofrece varios productos al público, tales como cuentas de ahorro, que son depósitos a la vista (que pueden ser requeridos por el titular de la cuenta en cualquier momento); cuentas corrientes que son para depósitos a la vista pero que prestan mayores beneficios que la cuentas de ahorros, tales como utilización

⁶² OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, Editorial Heliasta, Argentina. 2000, Pág. 104.

de chequeras para el titular de la cuenta, sobregiros entre otros servicios bancarios; los depósitos a plazo fijo (se caracterizan por tener un plazo en que el titular no puede reclamar los valores, ello conlleva un beneficio al Banco ya que tiene mayor seguridad y disponibilidad en ese tiempo de ese depósito para invertirlo en operaciones financieras o en préstamos); por otro lado están las inversiones en las que el depositante invierte dinero para que financie determinada operación financiera (generalmente se efectúa entre varios inversionistas), y produce una participación al inversionista de las ganancias, entre otras formas lícitas.

A más de los bancos existen otras personas jurídicas que se dedican a la captación de dinero del público, tales como las cooperativas de ahorro y crédito, cajas de ahorro, mutualistas, entre otras, que se rigen por sus leyes y reglamentos propios (Ley de Economía Popular y Solidaria y su reglamento), así como por sus autoridades de control propias (Superintendencia de Economía Popular y Solidaria).

Pero independientemente de a qué sector económico pertenecieren, todas estas entidades financieras tienen características comunes, especialmente las que competen al presente proyecto son: el ser una entidad depositaria y que están sujetas a sigilo bancario.

Guillermo Cabanellas define a depositario de la siguiente forma:

“...Como sustantivo, la persona que recibe una cosa ajena con la obligación de cuidarla y restituirla cuando le sea pedida legítimamente.

*Quien cuidada de caudales de una depositaria...*⁶³

Los bancos y en general toda entidad financiera, son depositarios de caudales del público, por tanto responden de su conservación y de su restitución a los titulares de las cuentas.

Ahora bien ya entrando al eje de la problemática, es preciso definir que es el sigilo bancario o secreto bancario como se indica Marcía Muñoz:

*“Con respecto a las relaciones de confidencialidad y la presencia del respeto al secreto, de hecho, algunos teóricos han pensado que la evolución de las sociedades está marcada por el reconocimiento del Estado en garantizar ciertos aspectos de la vida de los ciudadanos en forma restringida; marcando algunas características a las relaciones sociales e individuales; así es como surgen las situaciones de no revelación de la información o a la confidencialidad, característica en las profesiones liberales, de donde el secreto bancario es una especie de aquel secreto profesional que habrán de guardar quienes ejerzan estas funciones.”*⁶⁴

El sigilo bancario es una reserva de confidencialidad entre el banco y su cliente, radicada principalmente en el contrato de cuenta corriente o de ahorros que se haya celebrado, por el cual la entidad financiera no puede divulgar el estado de cuenta ni las operaciones que se efectúen a la misma a terceros, si no únicamente al titular de la cuenta a quien legalmente lo represente.

Como indica la autora citada, es una especie de secreto profesional que debe respetar el banco o entidad financiera, no solo por políticas o responsabilidad ética, sino también por imposición legal, esto es mediante la

⁶³ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo I, Editorial Heliasta, Argentina, 1976, Pág. 623.

⁶⁴ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO Marcía, **SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA: REVELACIÓN DEL SECRETO BANCARIO**, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México, Pág. 1.

regulación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que indicaré más adelante.

Esta reserva nace como una protección del Estado hacia los ciudadanos, de mantener su confidencialidad de su vida personal y familiar, establecida en el numeral 20 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

... 20. El derecho a la intimidad personal y familiar. ...”⁶⁵

Por tanto el sigilo bancario es parte del secreto profesional de los bancos y de las instituciones financieras en sus diversos niveles (pública, privada, popular y solidaria), siendo además como indica Jesús de la Fuente Rodríguez:

“...el límite puesto por una voluntad jurídicamente autorizada a la cognoscibilidad de un hecho o una cosa, de modo que estén predestinados a permanecer ocultos a toda persona distinta del depositario, o al menos, de aquellos a quienes no los revele quien tiene poder de hacer desaparecerlos”⁶⁶

Como indica el autor es una restricción jurídica que impone el ordenamiento jurídico ecuatoriano a las entidades financieras, de no divulgar a terceros por ningún concepto datos o detalles de las cuentas de ahorro, cuentas

⁶⁵ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a septiembre del 2014, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Pág. 27.

⁶⁶ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ Jesús, **TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL**, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000, Pág. 1274.

corrientes, inversiones y en general cualquier tipo de transacción financiera con sus clientes.

Dentro del secreto profesional Bancario se encuentran: *“primero, las cifras de balances, negocios, estados de cuenta y demás datos que tenga el banco y sus clientes; segundo, datos sobre las operaciones entre sí, en su conjunto o parcialmente; tercero los hechos conocidos con motivos de las operaciones; cuarto, los datos de carácter moral perceptibles a través de las operaciones practicadas, y quinta, la opinión misma que tenga el banco sobre su cliente.”*⁶⁷

Todos estos datos son de carácter reservado y confidencial, que es lo que en esencia consiste el sigilo bancario, ello no conlleva la noción de que no existe control de estas cuentas, ya que el Servicio de Rentas Internas y otras autoridades de control pueden efectuar revisiones de estas cuentas en el ejercicio legítimo de sus competencias.

Ahora bien es necesario analizar la normativa de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la misma que en su Art. 88 establece lo que es el sigilo bancario:

“Art. 88.- Los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en las instituciones del sistema financiero, estarán sujetos a sigilo bancario, por lo cual las instituciones financieras receptoras de los depósitos y captaciones, sus administradores, funcionarios y empleados no podrán

⁶⁷ RODRIGUEZ Joaquín, **DERECHO BANCARIO**, Editorial Porrúa, México, 1964, Pág. 62 .

*proporcionar información relativa a dichas operaciones sino a su titular o a quien lo represente legalmente. ...*⁶⁸

Como se puede denotar, el sigilo bancario es un deber jurídico de obligatorio cumplimiento tanto para los Directivos, empleados y trabajadores de una entidad financiera, ya sea banco, cooperativa de ahorro, caja de ahorro, etc, por tanto quien legítimamente puede solicitar un certificado de estado de cuenta es el titular de la misma o quien lo represente legalmente (apoderado o sus herederos en caso de fallecimiento del titular de la cuenta).

Pero ello no quiere decir que el sigilo bancario sea de un carácter absoluto, también existen ciertas excepciones establecidas en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero:

“Art. 91.- Se exceptúan de las prohibiciones contempladas en este capítulo:

a) Los informes y pruebas requeridos por los jueces y el Ministerio Público a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, y a las instituciones del sistema financiero privado, en las causas que estuviesen conociendo. A la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, solamente podrá requerirse dicha información, cuando no exista en el proceso constancia de la o las instituciones financieras que tengan relación con la causa que se investiga;

b) La especificación del titular de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin provisión de fondos;

c) Los informes requeridos por el Directorio del Banco Central del Ecuador, el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Compañías y la administración tributaria, en el ámbito de sus competencias, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su

⁶⁸ **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, CONCORDANCIAS Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Serie Profesional, Actualizada a agosto del 2014, Quito-Ecuador, Pág. 49.

competencia,;

d) *Los informes requeridos a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, por gobiernos o por autoridades competentes de los países con los que el Ecuador mantenga convenios legítimamente celebrados para combatir la delincuencia y en los términos de dichos convenios;*

e) *Las informaciones financieras que constituyan intercambio con autoridades de control bancario y financiero de otros países, siempre que existan convenios vigentes legítimamente celebrados;*

f) *La información que debe entregar la Superintendencia para dar a conocer al público la situación patrimonial y financiera de las instituciones del sistema financiero; y,*

g) *Cuando la información sea requerida a las instituciones financieras, bajo control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, por el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP, en el ámbito de su competencia.*

*Cuando una institución financiera se halle incurso en un proceso de reestructuración, saneamiento o liquidación, los informes previstos en el artículo 90 se harán públicos.*⁶⁹

Como se puede observar las excepciones al sigilo bancario son requerimientos especialmente por autoridades de control tales como Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Bancos y Seguros, Director del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), en otros casos por convenios internacionales con entidades de control de delincuencia, y los requerimientos de Jueces y Fiscales en conocimiento de causas.

Es en lo referente a que como caso de excepción al sigilo bancario los requerimientos de prueba deben efectuarse por medio de jueces en

⁶⁹ Ley Cit., **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, CONCORDANCIAS Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Pág. 51.

conocimiento de causa, lo que conlleva obstáculo procesal para la retención de valores en cuentas como medida cautelar previa o en la demanda del juicio de cobro, por las siguientes razones:

a.- Las medidas cautelares reales se pueden solicitar como diligencia previa antes de plantear una demanda de cobro o en la misma demanda, estas medidas cautelares son: la prohibición de enajenar, secuestro y retención.

b.- Para que se conceda la medida cautelar es necesario justificar la propiedad de los bienes o caudales que van a ser objeto de la medida, tal como establece el Art. 899 del Código de Procedimiento Civil:

“Art. 899.- Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario:

- 1. Que se justifique, con pruebas instrumentales, la existencia del crédito; y,*
- 2. Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos.”⁷⁰*

Además ello conlleva justificar el peligro en que se encuentren estos bienes o caudales del deudor, ya sea ocultamiento, desaparición o detrimento, lo que conlleva la necesidad implícita del acreedor de garantizar su derecho de cobrar su crédito.

c.- La retención es una medida cautelar que aplica cuando los bienes

⁷⁰ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a julio del 2014, Quito-Ecuador, Pág. 60.

muebles se encuentran en poder de un tercero (depositario) a quien el juez le da la orden de retener los bienes y no entregarlos a nadie ni incluso a su propietario. El ejemplo más práctico de la retención es el de las cuentas bancarias, aunque se pueden retener otros valores que se hallen en poder de un tercero (ejemplo: el porcentaje que correspondan a un socio en las utilidades de una compañía, son susceptibles de medidas cautelares y de embargo, cabe aclarar que las acciones del socio no son embargables ni sujetas de medidas cautelares, salvo el caso de liquidación de la compañía).

d.- Para el caso concreto de retención de valores en cuentas bancarias, ya sea como diligencia previa o en la demanda del juicio de cobro, sea este ejecutivo, verbal sumario (aplicado para cheques y asuntos comerciales), u ordinario para deudas civiles que no están bajo el amparo de la ejecutividad, debe justificarse la existencia de los valores de las cuentas bancarias, mediante una **CERTIFICACIÓN DE PROPIEDAD DE CUENTA Y SALDO ACTUAL.**

e.- El problema sucede en que el acreedor no es el titular de la cuenta bancaria, por tanto no puede acceder a esta información por el sigilo bancario de conformidad al Art. 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

f.- No obstante ello existen diligencias pre-procesales de prueba que se tramitan actualmente ante los Jueces de Contravenciones para obtener prueba en materia civil y penal.

g.- El obstáculo procesal se produce debido a lo dispuesto en el Art. 91 de la

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, solo los Jueces y Fiscales en conocimiento de causas, pueden requerir tales certificaciones, y los jueces de contravenciones no son jueces de causas, ya que una causa conlleva la noción de un juicio contencioso o controvertido.

h.- Por tanto los Jueces de Contravenciones niegan o se abstienen de tramitar diligencias pre-procesales de prueba en las cuales se soliciten certificaciones de propiedad y saldo actual de cuentas bancarias, en virtud del sigilo bancario.

i.- En casos excepcionales se ha visto que se han concedido estas diligencias por parte de los Jueces de Contravenciones, y ante este caso algunas entidades financieras han remitido la contestación, pero otros bancos especialmente bancos grandes como el Banco del Pichincha niegan la información amparados en que los jueces de contravenciones no son jueces de causa, y por tanto la información está sujeta a sigilo bancario.

Como se puede ver es un problema jurídico, independientemente si en algunos casos se han concedido las diligencias pre-procesales, o si los bancos han remitido las certificaciones, el Art. 91 numeral 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, exige que debe ser solicitada la información por un juez de causa, y no por un juez que conozca una diligencia pre-procesal de prueba.

j.- El problema radica en que si legalmente el acreedor no puede obtener una certificación de propiedad y saldo de la cuenta bancaria del deudor, no puede solicitar la medida de retención, y ello conlleva desventajas e

inseguridad jurídica, pues toda medida cautelar para que surta efecto debe efectuarse como diligencia previa o solicitada en la demanda del juicio de cobro, ya que estas medidas no se notifican y se realizan antes de la citación, con el objeto de garantizar la ejecución de la medida, y garantizar el derecho del acreedor.

En cambio de hacerse en el desarrollo del juicio, lleva la desventaja que el deudor se entere y retire los valores de la cuenta, lo cual es perjudicial para cualquier acreedor.

Por tanto la efectividad de la medida de retención se sustenta en la obtención del certificado bancario, y de la proposición como diligencia previa o en la demanda, siendo la obtención del certificado bancario lo que está vedado por la actual regulación del sigilo bancario, pues si no se puede justificar la existencia de la cuenta ni de su saldo, no se puede solicitar la retención.

Por ende se requiere de una urgente reforma legal, en la que se establezca principalmente como caso de excepción al sigilo bancario, los requerimientos de prueba en diligencias pre-procesales de prueba, y de esta forma garantizar y viabilizar la medida cautelar de retención.

7.- METODOLOGÍA.

7.1.- Métodos.

En el desarrollo del presente proyecto de tesis he considerado la utilización principalmente del Método Científico y los Métodos Lógicos.

Primeramente para emplear el **Método Científico**, hay que distinguir las siguientes etapas:

- **Observación:** Que consiste en la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudará principalmente en lo que es el acopio de información teórica y empírica.
- **Análisis:** Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitirá desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.
- **Síntesis:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual permitirá realizar las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Referente a los Métodos Lógicos que son el Inductivo y Deductivo los utilizaré de la siguiente manera:

Método Inductivo: El método inductivo consiste en llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática,

permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones y propuesta de reforma jurídica, con un enfoque total, para contribuir con un desarrollo positivo a la problemática.

Método Deductivo: Consiste en llegar desde un precepto general a un precepto particular; por lo cual me servirá para concluir los puntos más sobresalientes del desarrollo del presente trabajo investigativo.

7.2.- Procedimientos y Técnicas.

Las técnicas que utilizaré son las siguientes: para el acopio teórico el Fichero Bibliográfico; y, para la recopilación empírica emplearé la **Encuesta** y la **Entrevista**, aplicadas en un número de 30 y 5 respectivamente, a Funcionarios Judiciales, profesionales del Derecho, Docentes Universitarios y personas conocedoras del tema.

Y el análisis de tres casos de diligencias pre-procesales de prueba en el Cantón Loja, en que se hayan solicitado certificaciones bancarias, y se hayan dictado autos de abstención a trámite o que habiéndose tramitado los Bancos no remitan la certificación debido al sigilo bancario.

8.- CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	2014												2015							
	Oct.				Nov.				Dic.				Enero				Febrero			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración y presentación del Proyecto de Tesis.	X	X	X	X																
Recopilación de Información Bibliográfica.					X	X	X	X	X	X										
Investigación de Campo.											X	X	X							
Análisis de la Aplicación de Encuestas y Entrevistas.														X	X					
Verificación de Objetivos e Hipótesis.																X				
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta.																	X			
Redacción del Informe Final y correcciones																		X		
Sustentación.																			X	X

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Recursos Humanos.

Postulante: Luis Fernando Ludeña Pardo.

Director de Tesis: Por designarse.

Recursos Bibliográficos.

Dentro de los recursos bibliográficos cuento con las suficientes fuentes de información, tales como: Libros, revistas, folletos y periódicos.

Como fuente complementaria de consulta está el Internet.

Recursos Materiales.

En lo referente a los recursos materiales tenemos a nuestra disposición los suficientes insumos de oficina tales como: papel, esferográficos, copias Xerox, computadora, memoria extraíble, etc.

Costos:

Impresión	\$ 840
Copias Xerox	\$ 90
Internet	\$ 90
Papel	\$ 50
Imprevistos	\$ 300
Memoria Extraíble	\$ 80
Total	\$ 1450

La financiación del presente trabajo de investigación lo realizaré recursos propios del postulante.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

- ❖ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo I, Editorial Heliasta, Argentina, 1976.
- ❖ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a julio del 2014, Quito-Ecuador.
- ❖ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a septiembre del 2014, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- ❖ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ Jesús, **TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL**, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000.
- ❖ **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, CONCORDANCIAS Y LEGISLACIÓN CONEXA**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Serie Profesional, Actualizada a agosto del 2014, Quito-Ecuador.
- ❖ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO Marcia, **SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA: REVELACIÓN DEL SECRETO BANCARIO**, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México.
- ❖ OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, Editorial Heliasta, Argentina. 2000.
- ❖ RODRIGUEZ Joaquín, **DERECHO BANCARIO**, Editorial Porrúa, México, 1964.

INDICE GENERAL

CARATULA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
1. TÍTULO:.....	1
“LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL SIGILO BANCARIO PREVISTA EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PROCESAL PARA LA MEDIDA CAUTELAR CIVIL DE RETECCIÓN DE VALORES EN CUENTAS BANCARIAS”	1
2. RESUMEN.....	2
2.1 ABSTRACT.	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
4.1 MARCO CONCEPTUAL.	8
4.1.1 Institución Financiera.....	8
4.1.1.1 Banco.	8
4.1.1.2 Cooperativa de Ahorro y Crédito.....	10
4.1.1.3 Cajas de Ahorro y Crédito.	11
4.1.1.4 Mutualistas.....	11
4.1.2 El Sigilo Bancario.	12
4.1.3 Medidas Cautelares.....	13
4.1.3.1 La Retención.....	14
4.2 MARCO DOCTRINARIO.	15
4.2.1 Origen y Evolución del Sigilo Bancario.	15
4.2.2 Teorías en las que se funda el Sigilo Bancario.	18

4.2.2.1 Teoría respecto al uso.	18
4.2.2.2 Teoría respecto al contrato.	19
4.2.2.3 Teoría respecto al secreto profesional.	20
4.2.3 El Sujeto Activo en el Sigilo Bancario.	21
4.2.4 El Sujeto Pasivo en el Sigilo Bancario.	21
4.2.5 Características de la obligación de guardar Sigilo Bancario.	21
4.2.5.1 De no hacer.	21
4.2.5.2 Indeterminada en el tiempo.	23
4.2.5.3 General frente a terceros.	23
4.2.6 El Sigilo Bancario y el derecho a la intimidad personal.	24
4.2.7 La Finalidad de la Medidas Cautelares.	25
4.2.8 Características de las Medidas Cautelares.	28
4.2.9 Presupuestos de las Medidas Cautelares.	32
4.2.10 Oportunidad para solicitar Medidas Cautelares.	33
4.2.11 Cargas Procesales en las Medidas Cautelares.	34
4.3 MARCO JURÍDICO.	35
4.3.1 El Derecho a la intimidad personal y el régimen financiero en la Constitución de la República del Ecuador.	35
4.3.2 La Medida Cautelar de Retención en el Código de Procedimiento Civil.	40
4.3.3 El Sigilo Bancario previsto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.	45
4.3.3.1 Regulación del Sigilo Bancario.	45
4.3.3.2 Casos de Excepción al Sigilo Bancario.	47
4.3.3.3 Obstáculo procesal para la medida cautelar civil de retención de valores en cuentas bancarias por la actual normativa que regula el sigilo bancario.	49
4.3.4 Derecho Comparado.	50
4.3.4.1 Perú.	50
4.3.4.2 Paraguay.	51

5. MATERIALES Y MÉTODOS	53
5.1 Materiales Utilizados.	53
5.2. Métodos.....	53
5.3. Procedimientos y Técnicas.....	54
6. RESULTADOS.....	55
6.1 Resultados de la aplicación de la Encuesta.	55
7. DISCUSIÓN	76
7.1 Verificación de Objetivos.	76
8. CONCLUSIONES	83
9. RECOMENDACIONES	84
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	85
10. BIBLIOGRAFÍA	88
11. ANEXOS	93
11.1 Encuesta	93
11.2 Entrevista	96
11.3 Anteproyecto.....	98
INDICE GENERAL	125