



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**El Peculado en las Instituciones del Sistema Financiero y la Crisis
Bancaria Ecuatoriana**

**Trabajo de Graduación Previo a la Obtención del Título: Abogada
de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador**

Autora: María Teresa Vélez Zhindón

Director: Dr. Jaime Ochoa Andrade

Cuenca – Ecuador

2008

DEDICATORIA

De manera especial a mis padres, quienes con su apoyo incondicional me han permitido cumplir una de mis principales metas de mi vida, siendo este trabajo fruto del esfuerzo empeñado en los años de estudio universitario.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial al Dr. Jaime Ochoa Andrade,
Amigo, Profesor, Jefe y Director de este Trabajo, quién me ha apoyado
en las diferentes etapas de mi vida, y de quién he adquirido, aprovechado y puesto en
práctica sus valiosos conocimientos.

INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	1
Agradecimiento.....	2
Indice de Contenidos.....	3
Indice de Anexos	6
Resumen.....	7
Abstract.....	8

Introducción.....	9
--------------------------	----------

CAPITULO PRIMERO

1. Normativa Jurídica del Delito de Peculado.....	12
1.1 Etimología y Conceptualización.....	12
1.2 Historia del Delito.....	14
1.2.1 Generalidades y Antecedentes Históricos en el Ecuador.....	17
1.3 Elementos del Tipo.	
1.3.1. Bien Jurídico Protegido.....	23
1.3.2. Objeto Material.....	25
1.3.3. Tipo Subjetivo.....	26
1.3.4. Sujetos	
1.3.4.1. Sujeto Activo.....	27
1.3.4.2. Sujeto Pasivo.....	32
1.3.5. Verbo rector.....	33
1.4. Complicidad y encubrimiento.....	34
1.5. Iter Criminis.....	37
1.6. Problema del examen de Contraloría en el delito de Peculado.....	38
1.7 Clases de Peculado.....	39
1.7.1 Peculado de Uso.....	39
1.7.2 Peculado por Extensión.....	40
1.7.3 Peculado Agravado.....	40
1.7.4 Aprovechamiento Indebido de Información reservada.....	41
1.7.5 Peculado por tráfico de influencias y abuso de funciones.....	42

1.7.6 Peculado Propio.....	43
1.7.8 Peculado Impropio.....	43
1.8. Análisis de Imprescriptibilidad de Tipo Penal.....	44
1.9 Juzgamiento en Ausencia.....	45
1.10. Prohibición de Caución, de Libertad Condicional y de Indulto.....	45
1.11. Sanción para el Peculado.....	46

CAPITULO SEGUNDO

2. Peculado en las Instituciones del Sistema Financiero en la Legislación Ecuatoriana

2.1. Revisión Histórica de la Banca.....	49
2.1.1. Breve Historia del Origen de la Banca Mundial.....	49
2.1.2. Origen y Evolución de la Banca Estadounidense.....	52
2.1.3. Origen y Evolución de la Banca en el Ecuador.....	54
2.1.3.1.Periodización de la Banca Privada.....	57
2.2.Origen del Peculado Financiero en la Legislación Ecuatoriana.....	66
2.3.Diferencia entre Peculado Bancario y Peculado Financiero.....	69
2.4.Elementos del tipo.....	71
2.4.1. Bien Jurídico Protegido.....	72
2.4.2. Objeto Material.....	74
2.4.3. Sujetos.....	75
2.4.3.1.Sujetos Activo.....	75
2.4.3.2.Sujeto Pasivo.....	79
2.5. Obtención y Concesión dolosa de créditos vinculados.....	80
2.6. La acción nuclear.....	87
2.7. La prescriptibilidad.....	87
2.8. El juzgamiento en ausencia.....	91
2.9. La extradición.....	92
2.10. El Concurso.....	94
2.11 Crítica de la regulación del peculado financiero en nuestra legislación.....	94

CAPITULO TERCERO

3. Crisis de las Instituciones Financieras

3.1.Origen de las Crisis de las Instituciones Financieras.....	96
--	----

3.2. Estructura de la Crisis Financiera Ecuatoriana.....	98
3.2.1. Factores exógenos importantes de la crisis financiera y explicación de la crisis bancaria (1994-2002).....	98
3.2.1.1. Banco del Progreso.....	114
3.2.1.2. Banco de Préstamos.....	118
3.2.1.3. Filanbanco.....	121
3.2.1.4. Banco del Tungurahua.....	123
3.3. Estado de Causas Bancarias.....	124

CAPITULO CUARTO

4. Caso Banco del Popular del Ecuador

4.1. Exposición de los hechos.....	128
4.2. Comentario de las piezas procesales y actuaciones trascendentales del proceso.....	130
4.3. Análisis Jurídico Penal del Proceso.....	152
4.3.1. Sujetos.....	152
4.3.1.1 Sujeto Activo.....	152
4.3.1.2 Sujeto Pasivo.....	154
4.3.2. Bien Jurídico Protegido.....	154
4.3.3. Objeto Material.....	154
4.3.4. Acción Nuclear.....	155
4.3.5. Sanción.....	155
5. Conclusiones.....	156
6. Bibliografía.....	159

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1.....	163
Anexo 2.....	171
Anexo 3.....	201
Anexo 4.....	266

RESUMEN

La crisis financiera desastada en el año 1998-1999, fue una de las peores crisis que ha enfrentado nuestro país, un cúmulo de factores influenciaron para que como fichas de dominó varias instituciones financieras cayeran una tras otra, siendo uno de los principales factores influyentes, el ilícito denominado peculado financiero.

El peculado financiero es un delito de carácter económico, que causa daño a la estructura económica del Estado, y a los tantos depositantes, que como pudimos constatar en el año 1998, sufrieron las fechorías de los delincuentes de cuello blanco, este delito es diferente al peculado bancario, aunque la doctrina y jurisprudencia solo reconocen la existencia del peculado bancario.

ABSTRACT

The financial crisis that broke out during the years 1998-1999 was one of the worst crises that our country has ever faced. A number of factors influenced to make several financial institutions fall one after the other just as dominoes, but one the main influencing factors was the illicitness named financial speculation.

Financial speculation is a felony of an economic character which damages the economic structure of the State and the many depositors who –as we could establish in the year 1998- suffered from the transgressions of the white collar delinquents. This crime is different from bank speculation although the doctrine and jurisprudence only recognize the existence of bank speculation

EL PECULADO EN LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO Y LA CRISIS BANCARIA ECUATORIANA

INTRODUCCIÓN.-

Como es de vuestro conocimiento, en el año de 1998 se desató en el Ecuador, una de las peores crisis financieras que ha atravesado nuestro país, varias instituciones financieras entraban en proceso de liquidación, los depositantes angustiados comenzaron a retirar sus ahorros, por lo que el principal objetivo de este estudio es analizar una de las principales causas que dio lugar a la crisis financiera como es el delito cometido por los funcionarios de la banca, es decir el delito de peculado tipificado en nuestra legislación.

Por lo que en el presente estudio, nos remitiremos a estudiar el tipo de peculado en general, con el fin de entender de una mejor manera de lo que se trata el delito de peculado financiero, es necesario comenzar con la etimología y conceptualización del delito de peculado, como también es necesario relatar la historia del peculado tanto internacional, como la historia del peculado en nuestro país, sin dejar de lado el análisis de los elementos del tipo de peculado propiamente dicho, de la imprescriptibilidad del peculado, juzgamiento en ausencia, prohibición de caución, de libertad controlada, y de indulto, el problema del examen de Contraloría y las sanciones.

De igual manera es necesario relatar la historia de la banca, sus orígenes a nivel mundial, en Estados Unidos, y en nuestro país, para luego pasar al estudio de la historia

del peculado financiero, sin embargo antes de entrar al análisis del peculado financiero, debemos hacer una clara distinción entre el peculado bancario y el peculado financiero, debido a que nuestra país, tanto la jurisprudencia como la doctrina los confunde, sin embargo existe una gran diferencia de los elementos de estos tipos de delito; para llegar a la conclusión que nos corresponde analizar el delito de peculado financiero debido a que este causó conmoción social en el Ecuador, a diferencia del peculado bancario que puede ser cometido por un empleado de la institución financiera como un cajero, delito que pasa por desapercibido; luego nos corresponderá estudiar los elementos del tipo de peculado financiero, como funcionan los créditos vinculados, su concesión y obtención dolosa de dichos créditos, la extradición de los banqueros que se encuentran prófugos de la justicia, la corrientes sobre la prescriptibilidad e imprescriptibilidad de este delito, y sin duda criticaremos la regulación en la legislación vigente.

En lo referente a la crisis bancaria, debemos analizar orígenes de las crisis financieras a nivel mundial, para luego remitirnos exclusivamente a la crisis que nos interesa, que es la famosa crisis financiera de 1998-1999, de la cual aún quedan rezagos y procesos sin sentencia, analizaremos los múltiples factores y acontecimientos trascendentales entre los cuales se señalan: el relajamiento de leyes referentes al sistema financiero (1994), que podríamos anotar como consecuencia de la abundancia de créditos vinculados, la inestabilidad política, con un cambio de presidente cada año (1996-1997-1998), el Fenómeno del Niño (1997), la creación del impuesto a la circulación de capitales (1998); entre otras las causas examinadas, analizaremos brevemente algunas de los bancos, en los cuales sus funcionarios han sido sentenciados o están siendo procesados por peculado, entre ellos: el Banco del Progreso, en el cual recibió algunas sentencia el presidente y fundador de esta prestigiosa institución

financiera Fernando Aspiazu Seminario; el Banco de Préstamos, siendo su mayor accionista con un 75 % de acciones, Alejandro Peñafiel, quién de igual manera tiene varios procesos en su contra; otra de las entidades afectadas fue el Filanbanco, proceso que se siguió en contra de los hermanos Roberto y William Isaías, quienes se encuentran prófugos de la justicia; el Banco Continental, institución que fue una de las primeras en tener problemas en su administración, y el Banco Tungurahua. Se analizará las medidas tomadas por el ex presidente Jamil Mahuad, medidas que principalmente se basaron en el congelamiento de los fondos de la banca, creando el llamado “Feriado Bancario”. De igual manera citaremos los procesos que siguen en el Ecuador por “peculado bancario”, señalando las etapas en las que se encuentran.

Por último analizaremos el Caso del Banco de Popular, en este caso se iniciaron cuatro juicios penales conocidos como BPI Visión, Windcolor, Fondo Visión, West Merchant Bank, sin embargo analizaremos la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Penal del Pichincha, seguido por West Merchant Bank, en la que fue sentenciado por ocho años de reclusión mayor ordinaria Nicolás Landes Guerrero, Ex Presidente Ejecutivo del Banco Popular, sentencia dictada en diciembre del 2007; de igual manera se analizará la sentencia del recurso de casación dictaminada el 17 de abril del 2008 por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; se realizará una exposición de los hechos, un comentario de las piezas procesales y actuaciones trascendentales y un análisis jurídico penal del proceso.

CAPITULO PRIMERO

1. NORMATIVA JURIDICA DEL DELITO DE PECULADO

1.1 Etimología y Conceptualización del Delito de Peculado.

En Roma se designó con el nombre de *peculatus* al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado, la palabra *peculatus* etimológicamente viene de la palabra *pecus* que significa ganado, se dio este nombre debido a que antes que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos y por lo tanto el hurto de esta clase de bienes era el más importante dentro de la Legislación Romana (Flores Uzcategui y García Falconí, 1982. Pág. 57). Con la palabra *pecu*, se formaron también las palabras latinas: “*pecunia-ae*” que significa dinero, moneda, riqueza; y “*peculium*”: caudal, riqueza adquirida con la industria o con la economía (Cueva Carrión, Peculado, 2006, Pág. 53).

Sin embargo según la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Gaceta Judicial No. 2103 y 2104 en una de sus providencias señala “... algunos creen que peculado viene de *pecus* (ganado, hacienda), y que ella significó desde un principio el hurto de los bienes del Estado, en los que se figuraba en primer término el ganado; otros, que el peculado deriva de la voz latina *peculium*, equivalente a caudal; y en fin hay quienes sostienen que se llamo peculado al delito de malversación de fondos públicos, porque las multas que se imponían a los infractores debían consistir en ganados (*pecus*) (Uriel Franco, Peculado, 1987, Pág. 7).

Por lo que podemos señalar que las antiguas manifestaciones doctrinarias han perdido vigencia actualmente, debido a que el ilícito penal no es necesario que recaiga sobre bienes del estado exclusivamente, sino bienes particulares como es el caso del

peculado bancario y del peculado financiero en el cual el objeto material no constituyen fondos públicos, sino fondos del público.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Peculado: es el delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel que esta confiada su administración. La Enciclopedia Jurídica OMEBA, en el Tomo XXI señala que este no es un delito nuevo, que es muy antiguo, pero que ha evolucionado a través del tiempo, señalando además que peculado es la apropiación ilícita de caudales públicos que comete el funcionario encargado de su administración o de su custodia (Flores Uzcategui y García Falconí, 1982. Pág. 57). La definición legal de peculado se encuentra en el Código Penal de cada país, sin embargo los tratadistas sobre la materia lo han definido desde su punto de vista por lo que citaremos algunas definiciones: Luis Cueva Carrión que citando a Carrara dice “el peculado es la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual precisamente en razón de este, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolver las cosas que se apropia.”. Maggiore nos enseña que “Peculado es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, pertenecientes a la administración pública cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de sus bienes”. Carlos Molina Arrubia nos dice: “En un sentido más jurídico y ya por referencia a la época actual, por “peculado” se entiende, genéricamente, la incorporación aplicación de las nuevas cosas o efectos confiados a un funcionario, que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido”. El ex presidente de nuestra Corte Suprema de Justicia, Dr. Walter Guerrero Vivanco, siguiendo el pensamiento histórico y jurisprudencial, define al peculado así: “No hay duda, la figura que se conoce con el nombre de peculado, desde

los tiempos del Derecho Romano, es decir desde hace dos mil años, significa sustracción o hurto de dineros públicos. Inclusive la Corte Suprema de Justicia ratifica este criterio: “El peculado es la sustracción o apropiación indebida de fondos públicos por aquel a quién esta confiada la custodia o administración”.- SEGUNDA SALA, GACETA JUDICIAL No. 5, SERIE XIV, DE MAYO A AGOSTO DE 1984 (Peculado Tomo I, 2006, Pág. 70).

1.2 Historia del delito de Peculado.

El delito de peculado no es de reciente creación, por lo que su primer historial se encuentra en el Código de Manú, también llamado “Manava Drama Sastra” siendo la ley más antigua que se conoce por lo que se ignora la fecha que fue escrita, sin embargo se dice que fue escrita muchos siglos antes de Jesucristo por lo tanto no tipifico dicho delito con exactitud pero sirvió de base para tipificar lo que actualmente se conoce como el delito de peculado.

El Dr. Campo Edmundo Rubio Angulo, en su Trabajo de Grado, citando a Cancino Moreno señala “En su versículo 40 del Libro Tercero que trata del oficio de los jueces y de las leyes civiles y criminales, dice: “El Rey debe restituir a los hombres de todas clases el bien que les han robado los ladrones; pues un Rey que se les apropia se hace culpable del robo”, en los versículos 170 y 171 del Libro Ocho, se lee al respecto lo siguiente: “ Que un rey por pobre que sea, no se apodere de lo que no debe tomar, y por rico que sea no abandone nunca lo que debe tomar, aún la más mínima cosa”. Tomando lo que no debe tomar y rehusando lo que por derecho le corresponde, el Rey da pruebas de debilidad y está perdido en este mundo y con el otro. Las leyes criminales del Tsing-Leú-Lée, tocaron la figura del peculado en similar forma, en el Capítulo Segundo de la

Sexta División, en su sección 264 hablaba de la dilapidación de la propiedad pública; dice así: “cuando las personas a quienes se haya confiado el cuidado de la propiedad pública depositadas en las tesorerías o almacenes del gobierno, se hallaren culpables de haber disipado parte de ella , ora sean autores, ora cómplices, serán castigados con arreglo a la escala ya establecida o a prorrata del valor total de la propiedad disipada sin consideración al número o extensión de las partes de que dicha propiedad ha podido ser dividida (Trabajo de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas, El Peculado, 1985, Pág. 68).

En Roma, el delito de peculado consistía en el hurto de los bienes del Estado, sin embargo revistió a través del tiempo diversas modalidades: la sustracción de monedas del erario de la comunidad romana, constituyó la forma más frecuente y más importante de este ilícito, también la apropiación por parte de los jefes militares del botín guerrero, así como acuñar más moneda pública que la autorizada, eran consideradas o tipificadas como delito de peculado (Flores Uzcategui y García Falconí, 1982. Pág. 70). También era considerado peculado si se alteraba en los talleres del Estado el valor de la moneda al fabricarla con una liga metálica diversa a la fijada por la ley, incurriría peculado también el representante de la autoridad competente que en nombre de la comunidad, perdonase indebidamente alguna deuda.

La Ley de las Doce Tablas que fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano sistematizó los delitos en cuatro categorías perduellio, paricidium, furtum e inuria, por lo que el peculado constó dentro de la tercera categoría es decir furtum, por lo que nos remitiremos a ella. El furtum comprendía los siguientes delitos: el hurto en general, especialmente de bienes privados; el hurto entre cónyuges (acto rerum amotarum); el hurto de los bienes que pertenecían a los dioses

(sacrilegium); el hurto de bienes del Estado (peculatus); el hurto de cosechas, el hurto calificado, propio de la época imperial; y, el hurto de herencias (Cueva Carrión, 2006, Pág. 54). Se dice que el término Furtum proviene de “Fur”, con lo que se designa a la persona que llevaba algo; al ladrón, mientras para los latinos Furtum significaba hurto, robo, además palabra que servía para designar a la misma cosa hurtada, o fraude, engaño, stratagema, asechanzas.

Al peculado en Roma se le designó con la expresión “furtum pucuniane publicae” para distinguirlo del hurto de los bienes privados sin embargo debe hacerse una distinción entre el delito de peculado, y el de residuos, el delito de peculado como indicamos anteriormente era el hurto de dineros públicos; se llamaba reos de residuos a aquellos administradores que debían rendir cuentas retenían el dinero que debían presentar como saldo de caja, por lo que consistía en la retención del dinero público no ingresado al erario y que alguno le queda sobrando por motivos de administración, por lo que Lex Juliae de Peculatus y Lex Juliae de Residuos eran distintas.

La Ley Julia de Peculatus, que se supone dictada en el Siglo VII antes de nuestra era, se encargó en establecer un Tribunal Permanente para juzgar el peculado, debido a que anteriormente esta clase de ilicitudes no se encontraba sujeta a un Tribunal permanente, si no en cada caso particular se instituía una ley especial y un Tribunal que debía estar precedido por un cónsul o un pretor, este delito se penaba en primer momento con la interdicción del agua y del fuego, más tarde le sucedió la deportación y Teodosio (Emperador Romano) impuso la pena de muerte aunque únicamente a los funcionarios que tuvieran jurisdicción o mando y no para los simples administradores de caudales públicos, se sancionaba con estas penas cuando había existido fraude y

premeditación, y en el caso de que solo haya mediado negligencia con la intención de devolver o entregar las cantidades malversadas en este caso la pena era la restitución y una multa de la tercera parte de lo tomado.

1. 2 .1. Generalidades y Antecedentes Históricos del delito de Peculado en el Ecuador

Flores Gustavo y García Falconí José indican: Que tomando del Documento de Trabajo No 29 sobre la MALVERSACIÓN, de la Contraloría General de la Nación publicada en enero de 1977, por el Departamento de Estudios Jurídicos, se dice que el primer Código Penal Ecuatoriano, aprobado por el Congreso Nacional, presidido por Juan José Flores y sancionado por Vicente Rocafuerte el 17 de abril de 1837 contiene en su primera parte lo referente “A los delitos contra causa pública” y en los títulos sexto y séptimo de los delitos contra la Hacienda Nacional. El Capítulo I “Del extravío, malversación y mala administración de los caudales y efectos de la Hacienda Nacional” y “De los Delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus funciones” (Manual de Práctica Procesal en Delitos de Peculado, Segunda Edición, 1982, Pág. 62).

Se dice que estas disposiciones fueron inspiradas en la Legislación Española, sin embargo los títulos citados anteriormente tienen una defectuosa denominación debido a que en los dos casos son delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y atentatorios contra la Hacienda Pública, por lo que lo más conveniente hubiese sido implementar dichos Artículos en un solo título.

El segundo Código Penal fue elaborado el 23 de octubre de 1871 por la Asamblea Constituyente y promulgada por Gabriel García Moreno el 3 de noviembre del mismo año, en donde coincidentalmente (debido a que en el actual Código Penal se encuentra tipificado el peculado en el Art. 257), encontramos en el Art. 257 de dicho Código una disposición que trata sobre la malversación y el peculado, que tiene como título: “De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones”. El Art. 257 del Código Penal de 1871 señala: “Serán castigados con reclusión de tres a seis años, todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público o privados, de efectos que lo representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo”, este artículo fue inspirado en la legislación belga. El tercer Código Penal, lo dictó el Congreso Constitucional de 1889, sancionado por el Dr. Antonio Flores J., fue publicado junto al Código de Enjuiciamiento Criminal, siendo el Art. 256 casi textual al anterior código, el cuarto Código Penal, promulgado por Eloy Alfaro el 25 de mayo de 1906 en este cuerpo de leyes el delito de peculado se lo tipifica en el Art. 225 con idéntica redacción al anterior, el Quinto Código Penal, fue expedido por el General Alberto Enríquez Gallo en 1938, el delito de peculado se encontraba tipificado en el Art. 236 de igual manera con idéntica redacción al anterior, en el Código Penal de 1953 sólo varía la enumeración del artículo que tipifica el peculado, el Código Penal de 1960 se hicieron cambios que respondían a necesidades de redacción y además se agregó como sujeto activo del delito a los Funcionarios de los Bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por lo que en el Art. 233 señala” ... están comprendidos en esta disposición los que, como empleados manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito y Fomento y Comerciales y de la Caja de Previsión Social” por lo que podemos darnos cuenta que el peculado bancario ya se encontraba tipificado en el año de 1960, el

Código Penal de 1971, en esta edición el delito de peculado se encuentra bajo el epígrafe “De los delitos contra la Administración Pública”, en este artículo se hicieron algunas modificaciones se cambió como la frase “de las Cajas de Previsión Social” por “Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, se suprimen el inciso segundo referente a la responsabilidad solidaria de los cómplices y encubridores, también se suprimen los incisos 3ro y 4to que se refieren a la acción de cobro y a la prescripción de la pena y la inaplicabilidad de la Ley de Gracia y al abandono de la acción penal respectivamente.

En la actualidad el Código Penal en el Art. 257 se encuentra tipificado el delito de peculado que será analizado en los siguientes capítulos, sin embargo vimos la necesidad de transcribirlo. “ Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público que, en beneficio propio o de terceros, hubiese abusado de dineros públicos o privados o efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o en razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además abuso en provecho personal o de terceros, o fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los Servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de

Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias, o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios públicos, administradores, ejecutivo o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Los culpados contra quienes se ha dictado sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos, para este efecto, el juez de primera instancia comunicará inmediatamente de ejecutoriado el fallo a la Oficina y a la autoridad nominadora del respectivo servidor e igualmente a la Superintendencia de Bancos y Seguros si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará a la Oficina Nacional de Personal un registro que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de Aduanas que hubieran intervenido en actos de determinación”

Además cabe señalar en la Constitución Política de la República hace referencia a la responsabilidad de los funcionarios por lo que en el Art. 120 señala: “No habrá

dignatario, autoridad, funcionario, ni servidor público exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por omisiones. El ejercicio de dignidades funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia” El Art. 121 de la misma Constitución hace referencia de igual manera sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos, además señala que el peculado entre otros delitos es imprescriptible, por lo que transcribiré dicho artículo: “Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de los fondos, bienes o recursos públicos, se aplicaran a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes de los cuerpos colegiados, de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad”

1.3 Elementos del tipo:

Según La Gaceta Judicial Ecuatoriana, Serie XV, No 3, señala: “Los elementos constitutivos específicos de este delito son, pues, los siguientes: a) el sujeto activo, que solo puede ser un “empleado público o la persona encargada de un servicio público”, en cuyo poder se hallaren los bienes en virtud o en razón de su cargo; b) el objeto material,

consistente según los términos de la ley; en dineros públicos y privados, efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios” que, como queda dicho, en razón del cargo estuvieran en poder del empleado público o encargado del servicio público; c) la conducta, que escriba en “abusar” de tales bienes, “ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante”, forma que radica siempre en actos de apropiación o distracción que dice la doctrina, sometido en beneficio propio o de terceros; pues ha de advertirse que, si bien el verbo rector conforme a la ley ecuatoriana es abusar, no puede desligarse el dicho abuso de la “forma” en que se comete, la cual únicamente puede ser una de las señaladas en la ley; d) el elemento Psicológico, que es la voluntad del abuso mediante desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, a sabiendas de que se trata de bienes pertenecientes a la administración pública y con el fin de obtener provecho propio o de un tercero. El peculado en consecuencia, es delito doloso; nuestra ley no contempla la modalidad culposa que existe en otras legislaciones referida a la malversación; e) el resultado, que radica en lo que algunos autores denominan “el cambio de vínculo” o la relación de la cosa con el agente en virtud de la apropiación o de la distracción” (Cueva Carrión, 2006, Pág. 198). Por lo que podemos darnos cuentas que según la jurisprudencia ecuatoriana, los elementos del tipo penal de peculado son: sujeto activo, objeto material, la conducta abusar, el elementos psicológico, el resultado, sin embargo he visto conveniente analizar a más de estos elementos del tipo penal, el bien jurídico protegido, el sujeto pasivo y el tipo subjetivo.

1.3.1 Bien jurídico protegido

El peculado se encuentra tipificado en el Código Penal Título III “De los delitos contra la Administración Pública”, Capítulo V “De la violación de los Deberes de los Funcionarios Públicos, de la Usurpación de Atribuciones y de los Abusos de Autoridad.

Cabe señalar que no todos los bienes que encontramos a nuestro alrededor toman el nombre de bien jurídico, debido a que “Un bien llega a ser jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica” (Cueva Carrión, 2006, Pág. 233), por lo tanto Cueva Carrión citando a Jakobs Gunther señala que bien jurídico es: “A partir de aquí se entenderá como bien jurídico el objeto de protección de una norma en contraposición con la propia validez de la norma como bien jurídico penal” (Ibidem). Por lo que el bien jurídico protegido constituye el interés o intereses o bienes que se busca proteger a través de la norma penal, estos intereses o bienes serán aquellos sobre los cuales ha recaído el efecto jurídico del delito.

Podemos decir que el peculado es un delito pluriofensivo porque lesiona simultáneamente diversos intereses tutelados, entre estos intereses tutelados tenemos: la Administración Pública, los deberes de los servidores públicos, y los bienes patrimoniales de la Administración Pública. Es necesario aclarar el término de Administración Pública viene del latín "ad-ministrare", que significa servir, o de "ad manus trahere" que alude a la idea de manejar o gestionar.

No obstante, el concepto de Administración Pública puede ser entendido desde dos puntos de vista. Desde un *punto de vista formal*, se entiende a la entidad que administra, o sea, al organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales.

Desde un *punto de vista material*, se entiende más bien la actividad administrativa, o sea, la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia, tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión (www.wikipedia.com). Por lo que se comete peculado solo en los servicios públicos propios que son prestados por los funcionarios públicos, no se comete peculado en los servicios públicos impropios que para distinguirlos de los servicios públicos propios los clasificamos en: de reconocimiento de la Constitución: Educación y la Salud, de autorización: las boticas y los mercados, de Concesión: transporte y telecomunicaciones, de actividades paralelas: obras públicas, concluiremos señalando que se puede cometer peculado como en la administración de servicios públicos propios y en los servicios de economía mixta.

Además cabe señalar que el bien jurídico tutelado por este delito es por un lado: el deber de probidad, lealtad, fidelidad del funcionario público que es en definitiva una suerte de fe pública depositada por mandato legal en aquel funcionario, por lo que como señalamos anteriormente el bien jurídico protegido son los deberes de los servidores públicos y por otro lado la falta de dicho deber se materializa causando un perjuicio al patrimonio público que en sí son los objetos materiales, en el siguiente capítulo que trata del peculado financiero podremos darnos cuenta que el bien jurídico cambia debido a que los intereses de las instituciones públicas no son los mismos intereses de las instituciones financieras.

1. 3. 2 Objeto Material

El objeto material del delito “es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito”(www.derechoecuador.com), como señalamos anteriormente el objeto material debe estar en poder del sujeto activo del delito de

peculado caso contrario no podríamos hablar de peculado, del Art. 257 del Código Penal, señala varios objetos materiales "... dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieran en su poder o en razón de su cargo...". Por lo que el objeto material se encuentra constituido por dineros tanto públicos y privados, o efectos que lo represente, esta expresión "o efectos que lo representen", se refiere a las piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios", las piezas pueden estar constituidas por piezas arqueológicas, de arte, de colección, de joyas es decir muebles en general, los títulos y documentos se refiere a la gran variedad de títulos valores, además señala de igual manera a los bienes tanto muebles e inmuebles, aunque ya se enumeró anteriormente a las piezas que en si constituyen bienes muebles.

La frase "están en su poder debe ser entendida como facultad de disposición pero no en el mismo sentido de disposición que tiene el propietario o el poseedor ya que el propietario es el titular del dominio sobre la cosa. La facultad de disposición más bien se refiere a la facultad para disponer del bien dentro de un parámetro el cual deberá ser entendido dentro de cuatro consideraciones: *primero*, que los bienes no le pertenecen al funcionario; *segundo*, que ingresan a su poder transitoriamente; *tercero*, que los mismos ya tiene un destino preestablecido y *cuarto* que la facultad de disposición debe ser legal en virtud de su vinculación a la función pública, por lo que el poder que tiene el funcionario público con respecto a los bienes que administra es un poder limitado, es temporal en relación al destino de los mismos y a la duración de su cargo, es funcional debido a que el bien por si mismo no puede desarrollar el fin o el objetivo para el cual esta destinado previamente.

1.3.3 Tipo Subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo es siempre y necesariamente dolosa, no cabe un peculado culposo en nuestra legislación. La forma culposa de esta infracción se refiere al que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de fondos del público en caso de particulares, sin embargo como señalamos anteriormente no cabe en nuestra legislación el peculado culposo.

1.3.4 Sujetos del tipo

1.3.4.1 Sujeto Activo

El Código Penal Ecuatoriano en el Art. 257 inciso primero, señala que la persona que comete el delito es decir el sujeto activo son: “los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público”, en el segundo inciso señala específicamente como sujetos activos a “...los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos...” “... Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas...”, sin embargo no creo necesario la enumeración explícita de dichas instituciones, debido a que estas instituciones son de igual manera dependencias del Estado con excepción de los bancos privados tema que trataremos en el siguiente capítulo, por lo que es necesario la cualidad especial del delito se encuentra en el autor de la infracción.

Debe existir una relación entre el sujeto activo y el objeto, así lo señala el Art. 257 del Código Penal Ecuatoriano cuando señala “en su poder en virtud o en razón de su cargo”, por lo que no todo funcionario público que se apropia o dispone arbitrariamente de un bien público comete el delito de peculado, por lo que el objeto sustraído debe estar necesariamente en su poder.

Resulta un poco problemático plantearnos el problema que es lo que sucede cuando en la comisión del delito concurren dos o más personas, entre las cuales se encuentra un funcionario público y otra persona que no ostenta la calidad de funcionario público, por lo que cabe preguntarnos. ¿Si incurre en el delito de peculado la persona que no ostenta la calidad de funcionario público, sin embargo actúa en complicidad con un funcionario público?, interrogante que nos responderemos en título de la Complicidad y el Encubrimiento del delito de Peculado.

Servidor Público es todo ciudadano ecuatoriano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados a las instituciones a las instituciones, entidades y organismos del Estado. Según esta definición legal es servidor público: a) debe ser un ciudadano ecuatoriano, b) debe ser nombrado legalmente, c) preste sus servicios bajo una remuneración, d) que a tales servicios los desempeña en las dependencias fiscales, en las instituciones de Derecho Público y las de Derecho Privado con la finalidad social y pública.

La Constitución Política del Ecuador, en su Art. 122 y siguientes señala quienes ejercen funciones públicas, se determina que son dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, por lo tanto se entiende que son sujetos activos del delito de

peculado quienes hayan sido elegidos por votación popular, incluidos los diputados, los delegados o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los designados para periodo fijo, y los servidores públicos regulados dentro del marco legal del servicio civil y carrera administrativa.(www.derechoecuador.com)

Es necesario remitirnos a la clasificación que nos trae la doctrina en cuanto al servidor público: trabajador, empleado, funcionario o dignatario.

Para tener una mejor comprensión sobre quienes son trabajadores públicos, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua citado por Cueva Carrión define el trabajador “es el que trabaja; el muy aplicado al trabajo. Según el Diccionario, es trabajador todo aquel que ejecuta una labor manual o intelectual, se la desarrolle ya para la empresa privada o para el Estado. Además lo asimila al jornalero o al obrero. El Art. 9 del Código de Trabajo Ecuatoriano, define al trabajador “La persona que se obliga a la prestación de servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”, por lo que esta definición que nos trae el Código no es del todo precisa debido a que confunde el trabajador, el empleado y el obrero, en la definición tampoco nos habla de una remuneración sin embargo el Art. 3 del Código de Trabajo señala que “... en todo trabajo tiene que ser remunerado”, a igual que el numeral 17 del Art. 23 de la Constitución señala “Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito y forzoso”. Por lo que Cueva Carrión da una definición precisa de trabajador donde engloba todos los requisitos, por lo que me he visto en la necesidad de transcribirlo: “Toda persona natural que, bajo dependencia, ejecuta actividades primordialmente materiales por cuenta ajena, a cambio de remuneración”. La legislación como la doctrina nos da a conocer que no existe una distinción entre

trabajador privado y trabajador público, para el delito de peculado nos interesa saber quién es la persona que desempeña un trabajo público debido a que como hemos venido señalando solo el servidor público puede cometer el delito de peculado. Cueva Carrión señala “Llámesese trabajador público al obrero de las obras públicas y a quién realiza labores preponderantes materiales en beneficio del Fisco, de las entidades de derecho público o de derecho privado con la finalidad social o público. Por lo tanto los jornaleros, los conserjes, los obreros, los chóferes del sector público, pueden cometer el delito de peculado, por ser servidores públicos.” (Peculado, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, 2006, Pág. 215)

Empleado, es aquella persona que realiza trabajos inmateriales, como por ejemplo servicio o despacho para diferenciarlo del trabajador que ejecuta una obra eminentemente material. El Art. 311 del Código de Trabajo define al empleado “como la persona que presta a un empleador “servicios de carácter intelectual y material...”, tanto la legislación como la doctrina señala al empleado como la persona que presta servicios de carácter predominantemente intelectual, no decimos “exclusivamente intelectual”, puesto que se dice que en toda labor se presta trabajo intelectual y material. Por lo que podemos decir que son empleados públicos todas las personas que realizan una actividad primordialmente intelectual a favor del Estado, de las entidades de derecho público, de derecho privado con finalidad social y pública y de todas las que, en forma total o parcial se financien con impuestos o tasas fiscales, además el empleado público jerárquicamente se encuentra bajo el funcionario público.

Funcionario público, es el ciudadano designado para ejercer funciones públicas, expresa la voluntad del Estado o del órgano estatal y, en consecuencia, los representa. Posee imperium, es decir ejerce la voluntad pública. (Cueva Carrión, 2006, Pág. 102)

El numeral cuarto del Art. 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional lo concibe al funcionario público así: "... se entenderá por funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado parte en que dicha persona desempeñe esa función".

Por dignatario, se entiende según el Diccionario de la Lengua Española, "Persona investida de una dignidad", por lo tanto quién ostenta una dignidad es dignatario. Dignidad deriva del latín "dignitasatis" y significa dignidad, mérito, clase, grandeza, autoridad. Nuestra Constitución lo conceptúa como aquel que proviene de elección popular, así lo dan a entender varios pasajes normativos: "Los dignatarios de elección popular..." (Art. 100); "Los dignatarios elegidos por votación popular..." (Art. 121); "Si presentaren su candidatura a una dignidad distinta..." (Art. 100); "No podrán ser candidatos a dignidad alguna de elección popular..." (Art. 101); "Cuando se trate de actos de corrupción, la revocatoria podrá solicitarse en cualquier tiempo del período para el que fue elegido el dignatario" (Art. 111). (Cueva Carrión, 2006, Pág. 103)

Por lo que podemos señalar algunas diferencias entre funcionario y dignatario, el funcionario no es elegido por elección popular, el funcionario es designado por un dignatario, así ocurre con el Contralor General del Estado, el Procurador General, el Ministro Fiscal General del Estado, los miembros del Tribunal Constitucional entre

otros que son nombrados por el Congreso Nacional, por lo que los miembros del Congreso Nacional son dignatarios y los designados por estos son funcionarios, al respecto señala el Art. 81 de la Constitución Política de la República “La dignidad del diputado no significa función o cargo público”, por la simple razón de que el diputado no es funcionario ni empleado si no dignatario. De igual manera la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones diferencia entre dignatario y funcionario: Art. 5: “No están comprendidos en la Ley de Servicio Civil: a) Los dignatarios o autoridades elegidos por votación popular; b) Los funcionarios elegidos o nombrados, conforme a la Constitución Política de la República y las leyes correspondientes por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República...”. Además cabe recalcar que no todos los dignatarios ocupan el mismo nivel de jerarquía administrativa, por ejemplo el Presidente de la República y los diputados ocupan un rango superior que los alcaldes y prefectos.

Analizado los conceptos de trabajador, empleado, funcionario, y dignatario, la legislación penal en el Art. 257 hizo bien en señalar como sujeto activo del delito a los servidores públicos debido a que dentro de los servidores se encuentran tanto los trabajadores, empleados, funcionarios y dignatarios.

1.3.4.2 Sujeto Pasivo

Cancino Moreno citando a Buccelati señala que sujeto pasivo “es la verdadera víctima de la sociedad” de igual manera citando a Cuello Calón señala “sujeto pasivo del delito es el titular del derecho e interés lesionado o puesto en peligro por el delito” (El Peculado, 1983, Pág. 32). Por lo que el sujeto pasivo puede ser la

persona que sufre el agravio, sea natural como el caso del asesinato, o sea abstracta o jurídica como en el caso del Estado al ser perjudicado, por lo que podemos decir que el Estado es el sujeto pasivo en el caso del delito de peculado, siendo este el titular del bien jurídico que es la Administración de Pública que como actividad funcional se ejerce a través de sus representantes, se trata de un sujeto pasivo cualificado jurídicamente de derecho público. Sin embargo existen doctrinarios como Bernal Pinzón quién sostiene que el sujeto pasivo del delito de peculado es la Administración Pública, siendo erróneo lo que afirma, debido a que se daría una confusión entre sujeto pasivo y el bien jurídico tutelado.

1.3.5 Verbo rector

El Art. 257 del Código Penal señala “... *hubiese abusado* de dineros públicos o privados... *ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante*”, por lo que podemos darnos cuenta que el verbo rector es “abusar”. Algunos doctrinarios señalan que peculado es un tipo de abuso de confianza con la diferencia que el delito estudiado como señalamos anteriormente debe ser cometido por un funcionario público, el término de abusar no necesariamente implica una idea de apropiación aunque se la puede equipar, significa usar mal con injusticia o exceso y también de manera impropia, inadecuada o indebida, de algo o de alguien. Es necesario analizar cada una de las especies señaladas en el Art. 257 del Código Penal:

- Desfalco: este puede ser por apropiación propia o de terceros, por lo que es un faltante doloso, establecido por la fiscalización.
- Disposición Arbitraria: Cuando los fondos son destinados fuera del presupuesto, es decir, sin sujeción al planeamiento que rige la vida del Estado en materia de

ingresos y egresos, hay disposición arbitraria de fondos aunque las cosas hechas sea lícitas.

- Cualquier otra forma semejante: Es decir cualquier otra forma de atentar contra el dinero o bienes del Estado
- Malversación: que es un cambio de fines presupuestarios, es decir con el dinero específico de algo hacer otra cosa, aunque después se repongan las sumas tomadas, como en calidad de préstamo.

1.4 Complicidad y Encubrimiento del delito de Peculado:

La complicidad está cuantitativamente situada inmediatamente después de la autoría. Se determina que existe complicidad, cuando existe la presencia de los siguientes elementos:

- Cooperación indirecta y secundaria en la ejecución de un acto punible ajeno: por lo que este tipo de cooperación sirve de límite entre la complicidad y la cooperación principal que la ley considera coautoría.
- Con actos anteriores o simultáneos: Este segundo elemento que es de orden cronológico, deslinda los actos de complicidad con los de encubrimiento que son posteriores a la consumación de la infracción. (Albán Gómez Ernesto)

Con estos antecedentes entramos en el problema si el cómplice del delito de peculado, si no tiene la calidad de servidor público comete o no el delito de peculado, la doctrina en general señala que si en la comisión de un delito de peculado participan conjuntamente servidores públicos e individuos particulares, el servidor público debe ser castigado por el delito de peculado, y la persona individual

puede cometer el delito de hurto, robo, estafa, pero jamás el delito de peculado, en el caso de que se extienda la responsabilidad penal del servidor público a un individuo que no ostente dicha calidad, se estaría incurriendo en una violación del Art. 4 del Código Penal que señala “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley. En los casos de duda se interpretará en el sentido más favorable al reo. Sin embargo Edmundo Durán Díaz, Ex Ministro Fiscal General del Estado señala que la Corte Suprema de Justicia mantiene el criterio de que todos los que participan en el delito de peculado, servidores públicos o no servidores públicos están sometidos a la misma sanción. Durán Díaz señala algunos fallos entre ellas: Gaceta 3, serie 9, Pág. 284 se afirma “ La infracción cometida fue posible por el concurso de actos realizados por uno y otro sindicado, por tanto, la infracción es una sola, la circunstancia de que uno de los procesados no tenía a su cargo los valores, no puede traer como consecuencia la división del hecho delictivo en infracciones distintas para cada sindicado...” sin embargo no es necesario que la coparticipación de lugar a un solo acto delictuoso, da lugar a un solo hecho, pero puede haber distintas figuras delictivas, por lo que no se encuentran sólidos los argumentos de la Corte Suprema de Justicia.

Para la respuesta a esta problemática debemos remitirnos a la Constitución Art. 121, inciso segundo, que señala: “... Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o los representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, la acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos los juicios se iniciarán y continuarán aún en

ausencia de los acusados. *Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad”*

En cuanto a los encubridores, nuestro Código Penal los señala como responsables del delito, a pesar que otros sectores doctrinarios señalan que no es una forma verdadera de participación si no más bien un delito autónomo, basándose que la actividad del encubridor se produce una vez consumado el delito, si no tiene un objetivo distinto favorecer de alguna manera al delincuente. Por lo que podemos citar como requisitos del encubrimiento:

- Delito anterior: este es el requisito que le da al encubrimiento su fundamental característica y le distingue cronológicamente de la complicidad, sin embargo si existiera acuerdo previo, esta conducta tendría que ser calificada como complicidad.
- No haber sido el encubridor autor ni cómplice: debido que la condición de autor o cómplice absorbería a la de encubridor debido a que esta es menos grave.
- Conocimiento por parte del encubridor de la conducta punible: es necesario que el encubridor sepa con certeza que su acto ayuda al autor o al cómplice.
- Actos de favorecimiento: por lo que el acto de encubrimiento favorece al delincuente, ya sea permitiéndole a aproveche de los resultados del delito o ayudándole a escapar de la acción de la justicia.

Con este antecedente podemos señalar de igual manera que existe un problema en cuanto a que si el encubridor no ostenta el cargo de servidor público, sin embargo de igual manera debemos remitirnos al Art. 121 de la Constitución Política del Ecuador, es decir “...*Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad*”; por lo que de igual manera respondería por encubridor del delito de peculado.

1.5. Iter Criminis:

Iter Criminis, quiere decir, “camino del delito”, el cual esta integrado por varias etapas en la conducta delictiva que se configura hasta llegar a su consumación, el delito se consuma cuando el bien ha sido quitado de la esfera de la tenencia administrativa. La consumación se produce cuando aquel lo saca de su propia administración o custodias sin dejarlos dentro de las otras que se ejercen en la misma administración, el delito consumado no desaparece por la posterior restitución.

Es admisible la tentativa de peculado, cuando se demuestran actos con el fin de iniciar el delito, como por ejemplo en el caso del peculado financiero: una acta en la que conste la autorización de parte del Directorio para poner en garantía los activos de la institución financiera, o una promesa de venta o de permuta, en la que de manera incontrovertible se pone de presente el que se había acordado realizar una operación con los fondos captados del público, pero que la oportuna intervención de la Superintendencia Bancaria impide el efectivo destino de las sumas de dinero. (Cancino Antonio, Pérez Pinzón y otros, 1985, Pág. 209).

1.6. Problema del examen de Contraloría en el delito de Peculado:

Es discutible si debe existir como una condición de prejudicialidad el examen de cuentas verificado por la Contraloría General del Estado, un sector doctrinario señala que este informe de Contraloría es un presupuesto necesario para la iniciación del juicio o para la expedición de la sentencia, sin embargo otros juristas han manifestado que dicho informe no es indispensable ni para la iniciación del proceso ni para la expedición de la sentencia. Edmundo Durán Díaz, Ex Ministro Fiscal General del Estado se inclina por el sector doctrinario que señala que no es necesario dicho informe, se fundamenta en que el peculado es un delito de acción pública de instancia oficial por lo que el ejercicio de dicha acción es de oficio sin que sea necesario ningún pronunciamiento de orden judicial o de orden administrativo, además señala que la acción penal pública es obligatoria, irrenunciable, inmutable, no acepta vallas ni obstáculos para su normal desarrollo.

Cabe recalcar que en el caso de que el informe por parte de la Contraloría nos encontraríamos más bien frente a una cuestión prejudicial, por lo que si no existe una determinada ley que señale que es necesario el informe por parte de la Contraloría norma que no existe ni en el Código Penal, Código de Procedimiento Penal ni en ninguna ley, por tanto los informes de la Contraloría no son presupuestos imprescindibles para la iniciación de juicio penal por el delito de peculado.

1.7. Clases de Peculado.-

1.7.1 Peculado de Uso

Incrimina el empleo de los bienes que señala el tipo penal, en provecho propio o de terceros. Por lo que se entiende por peculado de uso a la utilización que el funcionario hace momentáneamente de las cosas que se confían sin ánimo de apropiarse.

El uso puede tener como objeto, una cosa mueble o una suma de dinero, pero en uno y otro caso habrá peculado común, si resulta que el agente ha querido disponer de esas cosas, como dueño y no lo comete como uso precario, que excluye el ánimo de apropiación y por lo tanto no constituye peculado de uso.

En nuestra legislación se encuentra tipificado el peculado de uso, en el Art. 257B que señala: “ Las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos de Estado, autónomos o semiautónomos: los funcionarios, empleados o servidores públicos que de cualquier forma utilizaren en beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por es Estado o por las entidades del Sector Público o bienes del Sector Público, serán reprimidos con la pena de uno a cinco años de prisión y multa de ciento noventa a novecientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América”.

Por lo que podemos señalar en cuanto al bien jurídico protegido no se diferencia en relación al peculado común, que fue analizado anteriormente por lo que no cabe hacer un análisis nuevamente, en cuanto a los sujetos activos, la norma señala: “Personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de los otros funcionarios fiscales o municipales en organismo del

Estado..., y funcionarios, empleados y servidores públicos”, en cuanto al sujeto pasivo no se diferencia del peculado común.

El verbo rector difiere del peculado común debido a que el verbo rector es utilizar que es sinónimo de usar, el uso difiere de la apropiación debido que no existe ánimo de hacer suya la cosa, además es necesario que para que se configure el delito de peculado de uso exista el provecho económico o el enriquecimiento ya sea en beneficio propio o de terceros. En el caso de los bienes fungibles, el uso equivale a consumo, por lo tanto en el caso de que se use los bienes fungibles este equivale a un peculado común.

1.7.2. Peculado por Extensión

Este será analizado en el siguiente capítulo.

1.7.3. Peculado Agravado

En el inciso primero del Art. 257, última parte se señala: “La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional” por lo que la doctrina le califica de peculado agravado debido a que difiere al peculado común en el que la sanción es de ocho a doce años.

1.7.4 Peculado por Aprovechamiento Indebido de Información reservada

En el Artículo segundo agregado al Art. 257 del Código Penal por la ley promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No 260 de 29 de agosto de 1.985

señala: “... con la misma pena será sancionadas las personas señaladas en el artículo anterior, que se hubieran aprovechado económicamente en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hubieran estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubieran ejercido”. Según la norma transcrita podemos darnos cuenta que esta penaliza el aprovechamiento económico de los “estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos”. Por lo que se incurría en el delito de peculado por aprovechamiento indebido de información reservada en caso de aprovecharse económicamente de dicha información, el objeto material del delito son los estudios, proyectos, informes, resoluciones, y más documentos calificados como secretos, reservados o de circulación restringida, en este caso el sujeto activo puede ser también un ex servidor público, por lo que se da una ruptura de la calificación del sujeto activo. Para una mejor comprensión de este tipo de peculado, debemos citar un ejemplo: Un funcionario público o ex funcionario público conoce del proyecto de dolarización que se llevó a cabo en el país, en aprovechamiento de esta información, este cambia su dinero de sucres a dólares, por lo que tendría un gran beneficio a su favor.

1.7.5. Peculado por tráfico de influencias y abuso de funciones

Este tipo de delito se encuentra descrito en el Artículo tercero agregado al Art. 257 del Código Penal, por la Ley promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No 260 de 29 de agosto de 1985, dicho Artículo señala: “... La misma pena señalada en los

artículos anteriores se impondrán a las personas o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o de cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen cometido contrato o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del Sector Público.

Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, o vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del Sector Público en general, que con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito a que se refiere el delito precedente.”.

Como podemos darnos cuenta de la norma transcrita se deduce que el verbo rector es “Favorecer”, este favorecimiento ilícito debe ser con aprovechamiento de la representación o cargo y con violación a normas legales o reglamentarias expresas, en beneficio personal o de terceros concediendo contratos o negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público, sin embargo la norma no hace referencia a cargos ni empleos, además cabe señalar que existe una mención redundante de los negocios, pues estos con llevan contratos, además se trata de los contratos enumerado en el Art. 1 de la Ley de Contratación Pública que señala: “Se sujetarán a las disposiciones de esta Ley el Estado y las entidades del sector público - según las define la Constitución Política en su artículo 118 - que contraten la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.”

1.7.6. Peculado Propio

El delito de peculado es propio cuando es cometido por ciertas personas –“los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público”- y es por eso de desde el punto de vista subjetivo a esta especie de peculado se le denomina peculado “propio”. (Cueva Carrión, 2006, Pág. 73)

1.7.7. Peculado Impropio

Cueva Carrión citando a Zavala Baquerizo señala: “es impropio cuando comprende a bienes que no son realmente de la administración, pero que deben ser especialmente amparados por referirse a una gran mayoría de la comunidad. Tal es el caso de los bancos privados, del Instituto de Seguridad Social, etc. (Cueva Carrión, 2006, Pág. 74)

Estos tipos de peculado que se encuentran tipificados en nuestra legislación, sin embargo la doctrina hace una extensiva enumeración de los tipos de peculado entre ellos peculado por error ajeno este se encuentra tipificado en la legislación colombiana y trata de que “El empleado oficial que se apropie o retenga en provecho suyo o de un tercero de bienes que por error ajeno hubiera recibido”; además se habla del peculado culposo que no se encuentra tipificado en nuestra legislación pero en la legislación colombiana si se encuentra tipificado, el Artículo 262 del Código Penal señala: “Será reprimido con multa del veinte al setenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos que se trate en el Artículo anterior”, como señalamos anteriormente en nuestra legislación no cabe el peculado culposo.

1.8. Análisis de Imprescriptibilidad de Tipo Penal:

Por regla general, las acciones civiles, penales, laborales, administrativas, y las penas prescriben en el tiempo y forma que determinan las leyes, por lo que la imprescriptibilidad es la excepción, es necesario que una norma jurídica señale el tipo penal que es imprescriptible. La Constitución Política del Ecuador, en el Art. 121 señala: “ ... los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general estarán sujetos a las sanciones establecidas por la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Las acciones para perseguirlos y las penas serán imprescriptibles...” por lo que podemos señalar que el delito de peculado nunca prescriben la acción, la pena, o las acciones civiles. Según Cueva Carrión, esta regla es válida para el peculado en general, sin embargo existe un sector doctrinario que sostiene que el peculado financiero y bancario prescribe, por lo que nos corresponderá analizar en el siguiente capítulo que concierne al peculado financiero.

Antes del 10 de agosto de 1998, cuando la norma mencionada no se encontraba en vigencia, la acción del delito de peculado prescribía, para lo cual debíamos tener en consideración el Art. 101 y 257 del Código Penal, el último artículo mencionado señala“... la acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el Art. 101. ...” por lo que el Art. 101 señala “... en el caso de no haber enjuiciamiento la acción para perseguirlos prescribirá..., tratándose de delitos de reclusión de no haber enjuiciamiento la acción para perseguirlos prescribirá en diez años... el tiempo se contará desde que la acción fue perpetrada” por lo que en este caso el delito de peculado prescribía en veinte años.

1.9. Juzgamiento en Ausencia

En cuanto al juzgamiento en ausencia del procesado en el régimen penal anterior, si terminado el sumario, el sujeto enjuiciado por el delito de peculado contra quién se ha dictado un auto de llamamiento a juicio plenario, este se suspendía hasta el momento de su presentación, por lo que en la práctica se daba que este nunca se presentaba por lo que el juicio prescribía y por lo tanto el delito quedaba en la impunidad, en la actualidad se puede juzgar en ausencia del procesado así lo señala la Constitución en su Art. 121, "... el peculado..., y en estos casos, los juicios se iniciarán en ausencia de los acusados".

1.10. Prohibición de Caución, de Libertad Condicional y de Indulto

En nuestra legislación existe prohibición absoluta de rendir caución en beneficio del procesado en contra del cual se ha dictado prisión preventiva, debido a que si se rinde caución se suspende el auto de prisión preventiva dictado por el juez, por lo que en este caso el procesado sale en libertad mientras se tramita el proceso. Nos remitimos al Art. 175 del Código de Procedimiento Penal que señala: " No de admite caución en los siguientes casos: 1. En los delitos sancionados con reclusión."

En el caso de la Libertad Condicional, de igual manera se encuentra prohibida para el procesado por el delito de peculado, así lo señala el Art. 276 del Código de Procedimiento Penal que señala: "al tratarse de delitos incriminados y sancionados en el Art. 257 al 261 inclusive el 264 y 265 no se podrá conceder libertad condicional" por lo que por ningún motivo se puede conceder libertad condicional, siendo lógica la norma, debido a que el peculado constituye un delito reprimido con reclusión que fácilmente si

se emite una libertad controlada se contribuye para que el procesado se fugue, por lo tanto que no cumpla la pena en caso de ser condenatoria.

En el caso del indulto, es clara la norma de la Constitución en su Art. 130, numeral 15, "... no se concederá el indulto por delitos cometidos contra la Administración Pública..." por lo que sin lugar a dudas es una prohibición absoluta.

1.11. Sanción para el Peculado

Según el Art. 257 del Código de Procedimiento, la pena para el delito de peculado es de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años; esta es la norma básica y general; sin embargo cuando se trata de fondos destinados a la Defensa Nacional la pena será de reclusión mayor ordinaria de doce a dieciséis años, por lo que se trata de un tipo penal agravado.

La diferencia es de calidad porque la ley considera que los fondos de la defensa nacional son sagrados puesto que están destinados a defender la soberanía del Estado y su misma supervivencia; en cambio en el caso del peculado ordinario, el delito ataca a los fondos fiscales que tienen otra finalidad distinta de los destinados a la defensa de la nación.

Además como sanción para los funcionarios públicos que se haya dictado sentencia condenatoria en su contra, además de las penas señaladas anteriormente, cabe la inhabilitación perpetua para el desempeño de cargo o función pública, así señala en inciso quinto del Art. 257 del Código Penal: "Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán además, perpetuamente incapacitados para el

desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto el juez de primera instancia comunicará inmediatamente de ejecutoriado el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos y Seguros si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos”. Cabe señalar que la Oficina Nacional de Personal fue suprimida pero existe prohibición legal por parte de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa en la que se encuentran prohibiciones especiales para el desempeño de un cargo público entre estas prohibiciones señala que no pueden ejercer un cargo público aquellas personas se ha dictado sentencia condenatoria en su contra, sin embargo pese a la prohibición legal, si un sujeto que haya recibido sentencia condenatoria se encuentra desempeñando una función pública esta será removido por el Contralor General del Estado o el Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, por lo que esta solicitud será atendida por la autoridad nominadora a quién le corresponda nombrar el reemplazo.

CAPITULO SEGUNDO

PECULADO EN LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Antes de realizar el estudio del peculado en las instituciones financieras, es necesario remitirnos al origen y desarrollo de las instituciones financieras, especialmente de la banca.

2.1 Revisión Histórica de la Banca

2.1.1. Breve Historia del Origen de la Banca Mundial

La banca se inició hace unos 4.000 años, las transacciones bancarias se anticiparon mucho a la aparición de los primeros bancos, el acuerdo escrito entre prestamista y prestatario sirvió de base para las operaciones bancarias, sin embargo en esta época no se había inventado el papel, aunque la caligrafía era de conocimiento común, los acuerdos llevados a cabo se registraban en láminas de arcilla, se expedían en original y en copia, estas una vez impresas se cocían al fuego para establecer la autenticidad, por último procedían a archivarlas. En aquel tiempo tampoco existía dinero, lo que se daba y se tomaba en préstamo eran cosas de valor o de uso generalizado como por ejemplo: metales preciosos, vino, ron, maíz, sal, animales, caparazón de tortugas, dientes de delfín, barbas de ballena, colmillos de jabalí, plumas, entre otros increíbles objetos; de lo cual nos podemos dar cuenta que la banca se desarrollo con el ritmo del desenvolvimiento social, cultural, y económico del hombre.

En la antigüedad, las primeras transacciones bancarias se llevaron a cabo en el valle de Eúfrates, en Babilonia, donde una sociedad eminentemente agrícola fue surgiendo poco a poco una a sociedad comercial. Se dieron contratos de toda índole en evidencia de títulos de propiedad sobre los bienes, de traspaso de los mismos, de cesión en arrendamiento, en préstamo. (Rivera Héctor, 1965, Pág. 36)

Comenzó a desarrollarse la banca, se fijaron reglas como tipo de interés para préstamos tanto de dineros como de mercancía, para los primeros el 20 por ciento y en los segundos el 33. 1 por ciento, el prestamista para asegurarse que no tenía dificultades para la recuperación de préstamos se valía de garantías que consistían en el embargo de propiedades o cosechas.

Los primeros prestamistas se dedicaron a traficar en inmuebles ya actuaban como agentes de compra para sus patrocinadores, con el paso del tiempo se dedicaron a una actividad propia del sistema bancario que es el pago de terceras personas a la orden de sus clientes, lo que actualmente constituye el título valor llamado cheque.

Según datos históricos, se dice que en Babilonia, los templos desempeñaban la función de custodia de oro y de plata, constituyéndose así los sacerdotes en prestamistas, por lo que se creía que el mejor lugar en el cual se encontraban dichos bienes eran en los templos, evitando así que en tiempo de invasiones de unos pueblos por otros, estos bienes puedan ser sustraídos.

El conocimiento de las prácticas bancarias pasó de Babilonia a Asiria, luego a Persia más tarde a Fenicia. En este último lugar la banca las finanzas y el comercio recibieron gran impulso hasta establecerse un sistema bancario “en escala mundial”. Fenicia se transformó en la nación más importante de la antigüedad hasta su dominación con Roma en el siglo IV antes de Cristo (Ibidem). Es lógico que las primeras instituciones bancarias fueron aquellas que estuvieran en una situación geográfica privilegiada capaz de permitir el aprovisionamiento regular de recursos de los viajeros, comerciantes y depositarios que por ahí transitaran, como es el caso de Venecia, situada entre el paso obligado entre Oriente y Occidente.

En 1401 se crea en Barcelona la Taula de Canvis, institución de depósito y giro, a la que siguen luego la Casa di San Giorgio en Génova en 1407, el Banco de Ámsterdam, en 1609 y el Banco Giro de Venecia en 1619 (Aguilar Feijo y Sarmiento Jara, 1980,

Pág. 13). Sin embargo es en Inglaterra donde surgen las primeras instituciones financieras con las características básicas que poseen en la actualidad, siendo así que surgen los primeros bancos comerciales, para la custodia de valores en oro que tenían los orfebres, obteniendo a cambio un recibo, el cual depositaba para posteriormente recuperar el depósito, no sin antes entregar una pequeña suma de dinero como pago por su servicio. Por lo que surgen dos hechos de gran importancia para el nacimiento de lo que hoy conocemos como el sistema bancario: por un lado el descubrimiento por parte de los banqueros que no requerían mantener la totalidad de los depósitos en reservas, y por otro que no era necesario devolver al depositante el mismo oro que le entregó en custodia, por lo que da lugar al nacimiento a las reservas fraccionadas, de lo cual los banqueros podían utilizar parte de ese dinero puesto a su recaudo para prestarlo a otras personas obteniendo de eso una ganancia.

2.1.2 Origen y Evolución de la Banca Estadounidense

En el territorio americano existía muy poca actividad bancaria en la época de lograrse la independencia y consolidación de las trece colonias, la historia registra los casos de tres bancos. El Banco de Norteamérica, organizado en 1782, el Banco de Massachussets y el Banco de Nueva York organizados en el año de 1791. Al amparo de una carta constitutiva expedida por el Congreso se estableció el primer Banco de los Estados Unidos, es decir el Banco de Norteamérica, este tendría un capital de \$ 10.000.000, de los cuales el gobierno aportaría dos millones, su franquicia regiría por veinte años, sus acciones se venderían al público en \$ 400 dólares cada una, lo que le diferenciaba de los demás bancos era su estrecha relación con el gobierno. El banco

contaría con las facultades específicas siguientes: emitir moneda, por lo que debería ser bastante cauteloso en la emisión de la moneda, hacer préstamos a la tesorería al Gobierno Federal, descontar papel comercial, sus operaciones ejercían una influencia saludable sobre otros bancos (Rivera Héctor, 1965, Pág.45), sin embargo a darse cuenta que la mayoría de acciones se encontraban en poder de ingleses y no de americanos, las ideas cambiaron de rumbo. En el año de 1811 se expidió una carta de incorporación, la cual no fue renovada, con la explicación que la institución representaba una amenaza potencial para la nación, debido al poder económico que en un momento dado podría concentrarse.

Por lo que desapareció el Primer Banco de los Estados Unidos, los bancos estatales comenzaron a aumentarse, los 90 bancos que había en el año de 1811, en 1816 existían 246 bancos, estos bancos se dedicaron primordialmente a emitir papel moneda, con dicho papel moneda debía hacerse toda clase de transacciones aún los del gobierno. Sin embargo las dificultades gubernamentales de financiar la guerra de 1812, dio lugar a la necesidad de crear un Banco Central, propósito que no se llevó a cabo si no cuatro años más tarde, se dieron discusiones sobre el objetivo principal del Banco Central, según los objetivos nombrados: facilitar recursos económicos al gobierno o financiar la actividad mercantil de la empresa privada.

En el año de 1816, se creó el segundo Banco de los Estados Unidos, sin embargo a los dos años de su creación tuvo varias dificultades, por un lado falló en levantar suficiente capital en forma de moneda sólida y por otro lado se arriesgó desmedidamente en la especulación con especie, por lo que el Presidente del Banco se vio obligado a pedir un préstamo en Europa que consistía en \$ 2.500.000, así evitando

la quiebra del banco, los billetes emitidos por este Banco eran aceptados dentro y fuera de los Estados Unidos. A diferencia del primer banco, este banco dio una influencia favorable en la economía, el comercio, y las finanzas, con una moneda segura de manera que los billetes de los bancos desaparecieron en gran parte siendo reemplazados por los del banco que tenían un valor fijo, de igual manera reduciendo el costo de los servicios bancarios. En el año de 1829, el presidente de esta institución financiera Nicolás Biddle se encontró envuelto en una situación de carácter político con el presidente de la Nación Andrés Jackson, debido a que Jackson era contrario a la actividad comercial y no tenía conocimiento de cómo operaban los bancos, por lo que mostró su disgusto por el banco, señalando que esta es una institución aristocrática, por lo que el banco se había negado a hacer préstamos a los partidarios de Jackson, lo que llevó a que Jackson y la banca estatal se unieron en contra de quienes creía su opositor, uno de los pasos que se llevaron a cabo es transferir los depósitos públicos del Banco de los Estados Unidos, en bancos estatales, comenzaron campañas indicando que el banco se podía convertir en un “monstruo monopolístico”, por lo que en el año de 1836 unas y otras presiones culminaron en la no renovación de la carta constitutiva.

Hay que tomar en cuenta, que ningún país tiene un sistema bancario tan amplio y complejo como el existente en Estados Unidos, por lo general los demás países tienen un Banco Central y solo de diez a veinte bancos comerciales, cada uno de estos bancos privados tienen varias sucursales, por otra parte Estados Unidos tiene un sistema bancario dual que abarca bancos regidos por los estados y bancos regidos por los gobiernos federal, por lo que existen una gran cantidad de bancos en este país.

2.1.3 Origen y Evolución de la banca en el Ecuador

La Banca Ecuatoriana apareció relativamente tarde en el contexto mundial, existió la idea de crear bancos privados en el Ecuador en el año de 1831, por el decreto del ex presidente Juan José Flores en el cual dispuso que “El crédito considerado como dinero sonante o efectivo se amortizará en un banco que se establecerá con ese objeto”, posteriormente en Abril de 1839, un decreto legislativo autoriza al ejecutivo negociar la constitución de una institución bancaria con “fondos” de 500.000 y 1.000.000 de pesos a ser proporcionados por capitales nacionales y extranjeros. Pese a todos los esfuerzos por llegar a fundar dichas instituciones financieras no sería si no hasta 1860 que se logra cristalizar esta idea fundándose el Banco Particular de Luzarraga, el cual se instaló en la ciudad de Guayaquil, e inició la emisión de billetes en el año de 1961, billetes de cinco y de diez pesos hasta de cien pesos, el propietario de este banco fue Manuel Luzarraga, un hombre de extraordinaria capacidad financiera en esa época. Entre los requisitos que tenían que cumplir para la creación de un banco, estaban los siguientes:

- Contar con un capital propio de 1.000.000 de pesos.
- Prestar al gobierno 600 mil pesos para retirar de circulación los billetes inconvertibles.
- Proporcionar los capitales necesarios para retirar “las malas monedas de plata”.

El banco podía emitir billetes hasta tres veces sus reservas metálicas; estaban en condiciones de recibir depósitos y también fungir como prestamista (Aguilar Feijó y Sarmiento Jara, 1980, Pág. 11).

El Banco Particular de Descuento y Circulación se inicia en 1862, y el gobierno autoriza a que dicho banco a la emisión de billetes, sin embargo en el año de 1865, el Congreso

dictó una ley autorizando a contratar un empréstito para retirar de circulación la moneda inconvertible y permitiendo la creación de un banco que proporcione los recursos necesarios. Por lo que, en el mes de noviembre de 1867 abre sus puertas el “Banco del Ecuador”, el objetivo fundamental del Banco del Ecuador, fue el saneamiento de la moneda que en ese entonces circulaba en el país, entendiendo como moneda tanto a los billetes como a las monedas de plata mala que son aquellas que fueron introducidas en el país desde el año de 1838 y que paulatinamente fueron reemplazando a las nacionales.

El Banco de Crédito Hipotecario se fundó en Guayaquil en 1871 y funcionó desde el 3 de enero de 1872; se emitían las primeras cédulas hipotecarias que existían en el Ecuador, el 25 de octubre de 1880 se fundó en Quito, otro banco de emisión de cédulas hipotecarias el “Banco de la Unión”.

En el siglo XX aparecieron nuevos bancos tanto en la Sierra como en la Costa, entre los principales tenemos Pichincha en 1906; la Previsora y Descuento en 1920 (Aguilar Feijó y Sarmiento Jara, 1980, Pág. 14). Para el año de 1972 en el país operaban veinte bancos privados diez y seis de los cuales eran nacionales y cuatro sucursales de instituciones extranjeras.

Con relación a las leyes emitidas que tienen relación con el sistema financiero, el 3 de noviembre de 1871 se dicta la primera Ley de Bancos, el 4 de junio de 1878 el Congreso expide una nueva Ley de Bancos. En 1869 se promulga una Ley de Bancos Hipotecarios. La Ley General de Bancos fue dictada el 6 de septiembre de 1927 y promulgada el 8 del mismo mes en el Registro Oficial No 432. La Ley Orgánica del

Banco Central del Ecuador fue promulgada en el Registro Oficial No 283 de 12 de marzo de 1927 y el Banco Central del Ecuador fue inaugurado oficialmente, el 10 de agosto de 1927. El trece de marzo de 1948 se promulgó el Registro Oficial No. 149, la “La Ley de Régimen Monetario”, que estructura las funciones del Banco Central del Ecuador y la Junta Monetaria (Borrero Vintimilla, 1982, Pág. 30). En el año de 1994, la Ley General de Bancos fue derogada por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que permite la operación de la banca múltiple, además se da una regulación sobre las operaciones off shore y los depósitos de moneda extranjera en banca local, se dio una estandarización de las reglas operativas para las diferentes instituciones financieras, se introdujeron estándares más exigentes en cuanto a la normativa prudencial; como por ejemplo requisitos mínimos sobre el patrimonio, también se da una mayor rigurosidad cuando se trata de calificar a activos y otro punto interesante es el límite a ciertos créditos para las personas que tienen vinculación con los administradores o dueños de los bancos (De la Torre, 1997, Pág. 3). Con la multiplicidad de leyes que regulan el sistema financiero como son: La Ley General de Bancos, Código de Comercio, Ley de Compañías, La Ley de Régimen Monetario, Ley de Cheques, etc., se ha sugerido que se pretenda una creación de una Legislación Especial Bancaria.

2.1.3.1. Periodización del desarrollo de la banca privada en el Ecuador

Podemos distinguir cuatro grandes periodos de desarrollo de la banca en el Ecuador con sus respectivas características:

- Desde la creación del primer banco en 1860 hasta la Revolución Juliana (1925)
- Desde la Revolución Juliana hasta el boom petrolero en la década de los setenta.
- Desde el boom petrolero hasta la crisis de inicios de los años ochenta

- Desde 1980 hasta nuestros días. (Aguilar Feijo y Sarmiento Jara, 1980, Pág. 13)

La primera etapa comienza desde la creación del primer banco es decir del Banco Particular Luzarraga en el año de 1960 y termina hasta la Revolución Juliana, esta etapa se caracteriza por los intentos de crear un marco monetario para la naciente república, sin embargo se mostraron cierta libertad en el desarrollo de las actividades bancarias como la emisión de la moneda, por lo que cada vez era mayor el volumen de monedas sin respaldo y la determinación en el valor de su cotización. El efecto primordial era una balanza de pagos desfavorable, a una subida de precios y la depreciación de la moneda, por lo que existió un mal manejo del sistema bancario, lo que dio lugar a la crisis bancaria y monetaria del año de 1874... citando a Carbo Luis Alberto en el libro “Historia Monetaria o Cambiaria del Ecuador” señala que: El Gerente del Banco del Ecuador Eduardo M. Arosemena acertadamente redujo “... gradualmente la circulación de los billetes emitidos por el Banco del Ecuador, y el monto de los préstamos al gobierno estableciendo al respecto a norma general de que los bancos particulares de emisión no deberían prestar al Gobierno y a las Municipalidades una suma total mayor que el monto de su capital y reserva” (Aguilar Feijo y Sarmiento Jara, 1980, Pág. 14), sin embargo continuaron las emisiones ilegales, el pago de no multas y problemas de toda índole. Otro punto importante era el carácter regionalista de los bancos guayaquileños y serranos, a lo que se sumaban dificultades en la cotización de la moneda entre bancos exportadores y bancos importadores.

Esta liberalidad de los bancos en la emisión de papel moneda, se estimuló con el decreto legislativo del 30 de agosto de 1914, sancionado por el Presidente de la República General Leonidas Plaza Gutiérrez (1912 – 1916), en la cual se crea la Ley

Moratoria en la cual se abandona el Patrón Oro vigente desde 1900, que garantizó por algunos años cierta estabilidad cambiaria y monetaria. De acuerdo con la teoría monetaria de inicios del siglo XX, el patrón monetario fijaba el tipo de metal “precioso” que debía ser acuñado como dinero. Bajo el bimetalismo, las monedas tuvieron por base el oro y la plata, pero el monometalismo oro (“patrón oro”) pasó a regir las transacciones internacionales, aunque para el comercio interno en cada país se admitían monedas divisionarias acuñadas en plata, níquel o cobre. Además, la emisión de billetes de los bancos estuvo referida al patrón monetario, de manera que tal emisión debía respaldarse en una determinada cantidad de oro. Los Estados admitían la *convertibilidad* de los billetes, o sea, la posibilidad de ser canjeados por oro y se consideraba un «mal» al papel-moneda o billete sin respaldo y, por consiguiente, de curso forzoso (www.bce.fin.ec). Por lo que la Ley Moratoria estableció la prohibición de exportar oro, la suspensión de la convertibilidad de nuestra moneda con el metal y el respaldo de las emisiones de billetes de los bancos del Ecuador y Comercial y Agrícola, en cantidad igual a los préstamos concedidos para el Estado (Almeida Arroba, 1994, Pág. 27), de manera que los siguientes años, los bancos privados “sobreemitieron” billetes.

Por lo que podemos darnos cuenta en esta primera etapa, los banqueros supieron aprovecharse de la falta de control y de las circunstancias favorables que se daban en el contorno económico y político. Sin embargo en el año de 1922, José Luis Tamayo, Presidente Constitucional del Ecuador (1920 -1924), trató la posibilidad de traer una misión de expertos extranjeros para que ayuden al arreglo del sistema financiero y bancario en el Ecuador, por lo que solicitó una misión a Kemmerer, misión que llegó al Ecuador el 18 de octubre de 1926, para reestructurar el sistema bancario y acabar los juegos bancarios. De igual manera un mes antes de la Revolución Juliana, banqueros y

comerciantes guayaquileños en carta dirigida al Presidente Segundo Córdova (1924 – 1925), expresaron la necesidad de contratar al profesor Kemmerer e incluso decidieron sufragar los gastos de dicha asesoría técnica ya que consideraban imperioso “el restablecimiento de una situación monetaria sana y estable, única forma de que la riqueza pública y privada crezca sobre bases sólidas” (Aguilar Feijo y Sarmiento Jara, 1980, Pág. 14), por lo que la misión Kemmerer será analizada en la segunda etapa debido a que llega al Ecuador luego de la Revolución Juliana.

La segunda etapa, las instituciones financieras tuvieron un mayor control, debido a que el 9 de julio de 1925 un inesperado movimiento militar de la “Liga de los Jóvenes Oficiales”, iniciado en la ciudad de Guayaquil, destituyó a todas las autoridades provinciales civiles y militares, instaurando una Junta Militar de la Zona integrada por el Sargento Mayor Ildefonso Mendoza, el capitán de Fragata Diógenes Fernández, el Capitán de Corbeta Manuel M. Zeballos, el Capitán Luis A. Rivadeneira y los Tenientes Leonidas Salas, Pedro Icaza, Luis Rodríguez y Miguel Efraín Castillo. Estos oficiales suscribieron un manifiesto “A la Nación”, en el que hablaban a nombre de las Instituciones Armadas del País. El movimiento había tenido coordinación nacional, de manera casi simultáneamente también en Quito se derrocaba al gobierno presidido por el Dr. Gonzalo S. Córdova y a sus autoridades, instaurando una Junta Suprema Militar compuesta entre otros por los señores comandantes Teniente Coronel Luis Telmo Paz y Miño, Mayores Juan Ignacio Pareja y Carlos A. Guerrero, Teniente Federico Struve, Subteniente Ángel Bonilla, aunque se consideraban como almas de la “revolución” al General Francisco Gómez de la Torre y a Don Luis Napoleón Dillon (Paz Juan y Cepeda Miño, 1999, Pág. 31). Las motivaciones del golpe militar fueron diversas, sin embargo el principal objetivo fue la necesidad de liquidar el predominio de la

“oligarquía plutocrática”, expresada en la poderosa banca guayaquileña, a la que se inculcó por la depreciación monetaria, el alto costo de la vida, la escasez de divisas, el endeudamiento y penuria fiscales, las sobreemisiones inorgánicas de dinero. Por lo que fue inmediato el apoyo por parte del pueblo ecuatoriano, en los primeros meses por primera vez en la historia del país fiscalizaron a los bancos nacionales concentrando la investigación en el Banco Comercial Agrícola de Guayaquil, se dice que el inspirador de las orientaciones “anti-oligárquicas” fue Luis Napoleón Dillón quién crea en febrero de 1926 la Caja Central de Emisión y Amortización, cuya misión fue la receptor todas las reservas en metal oro y plata de los bancos particulares “de emisión”, así como todas los billetes que no habían salido aún a circulación, a los cuales, para darles curso legal, se les imprime el resello *LA CAJA CENTRAL DE EMISION y AMORTIZACIÓN* tanto en el anverso como en el reverso. La entidad se limitó a emitir papel moneda resellado y reemplazar los billetes rotos y fraccionados en circulación por papel moneda nuevo resellado. Este procedimiento logró la unificación de los billetes bancarios en el país (www.museos-ecuador.com).

En abril de 1926, se nombró como Presidente Provisional al Dr. Isidro Ayora quién se convirtió en el verdadero gestor de los ideales julianos, por lo que con el apoyo de los mismos banqueros se planteó la venida de la Misión Kemmerer, debido a que los banqueros creían verse favorecidos por la neutralidad de tal misión, como señalamos anteriormente esta llegó el 18 de octubre de 1926 y trabajó en el país hasta marzo de 1927, fue presidida por el “medico monetario” Edwin Walter Kemmerer.

La prensa no tardó en la publicación en 1927 que señala: “Libres de todo perjuicio debemos convencernos que nos hace falta ese don de organización y, sobre todo, la

técnica, el arte que muchas veces, de un modo ineludible, es necesario transplantarlo de las más florecientes instituciones de otros países, con toda su experiencia y adelantos”(Almeida Arroba, 1994, Pág. 54). Por lo que en este año se concretó la idea de la creación de un Banco Central, nueva institución que era similar a los bancos centrales previamente establecidos en Chile y Colombia, con algunas diferencias de detalle, sin embargo si bien la idea de crear un Banco Central estaba presente desde finales del siglo XIX, llama la atención la proliferación de proyectos encaminados a este objetivo que se llegó a concretar en el año de 1927, año en que se promulgó un Decreto Supremo que propuso el establecimiento del Banco Central en reemplazo de la Caja Central de Emisión y Amortización, la misma que no ha ejercido hasta entonces la facultad de emitir billetes, el Banco Central surgió como una institución de derecho privado, con finalidad pública, sus accionistas fueron los mismos bancos comerciales y en estricto rigor, no tuvo participación directa el Estado, aunque sí el control, fue el único emisor de billetes con lo cual perdieron esta facultad los antiguos bancos privados de emisión, los bancos privados dejaron de manejar las reservas de oro, el Banco Central era el único banco que debía mantener una reserva de oro equivalente a 50% de sus depósitos y billetes en circulación, la misma que fue asegurada en sus bóvedas y en depósitos oro a la vista en bancos de primera clase de Nueva York y Londres. Las monedas de oro que en ese entonces dejó de usarse, pasaron a formar parte de las reservas del instituto emisor y fueron destinadas a saldar los balances de las cuentas comerciales internacionales, como era todavía la práctica de esos años. Correspondió al Banco Central la estabilización de los cambios fijándose para ello el Sucre como unidad monetaria del Ecuador. Además de lo mencionado, el Banco Central fue creado para apoyar a los bancos comerciales y para suministrar créditos en ocasiones de emergencia a estos, en caso de que lleguen a carecer de fondos propios suficientes para atender las

legítimas demandas, lo que sucedió en la crisis bancario 1998, que ciertos bancos que no tenían fondos suficientes solicitaron créditos al Banco Central.

Además del Banco Central y como fruto de las actividades de la Misión Kemmerer, se establecieron: la Contraloría General de la Nación y la Superintendencia de Bancos (Paz Juan y Cepeda Miño, 1999, Pág. 36). Por lo que en ese entonces se dio una reorganización bancaria, se dictó una nueva Ley de Bancos en la cual se encontraban regulaciones encaminadas a garantizar la solvencia y liquidez de las instituciones financieras; al mismo tiempo estableció un mecanismo de control de inspección como es la creación de organismos de control señalados anteriormente, en el caso de la Superintendencia de Bancos esta institución fue creada con el fin de velar por el adecuado funcionamiento de los bancos y su apego a la legislación y al Banco Central.

Por lo que en esta etapa que duró casi cuarenta años, se dieron cambios significativos en cuanto a la creación de nuevas instituciones de control y una reorganización en el sistema financiero, sin embargo no se dieron cambios cuantitativos relevantes, el número de matrices bancarias permaneció relativamente constantes y en sucursales tampoco se produjo un cambio significativo, sin embargo en la tercera etapa se da un cambio cuantitativo notable a partir del boom petrolero, por lo que en los años cincuenta y setenta la falta de un mercado competitivo alentó la ineficiencia en las instituciones financieras, es así que se aprovechaban de la falta de liquidez y dificultades de los clientes en pagar sus deudas, en algunos casos concedieron préstamos a interés de usura y en otros utilizaban el mecanismo de remate para apoderarse de valiosos activos de aquellos clientes caídos en desgracia quién no tenía suficientes recursos debido a que los bienes perdieron valor, en otros casos los

banqueros terminaron siendo socios de los desesperados clientes que para poder iniciar un negocio o hacer crecer uno existente aceptaban cualquier condición impuesta por los banqueros.

La tercera etapa comienza en el año de 1970, con el boom petrolero hasta la crisis de inicios de los años ochenta; por lo que la década de los setenta marcó el inicio de la creación de financieras, para apoyar el proceso de industrialización, por lo que se inició la etapa de la competencia bancaria, estas instituciones comenzaron por ofrecer diferentes servicios, vender mejor imagen, a construir edificios y a inaugurar sucursales en diferentes ciudades del país, además de abrir oficinas en el exterior. El crecimiento en el número de oficinas bancarias durante el periodo de 1971 – 1976 se da en la siguiente forma: las Matrices crecen en un 40%, mientras que las sucursales y agencias lo hacen al 27% y 12% respectivamente, dando un total de 21% de oficinas bancarias más que en 1971. Para el lapso comprendido entre 1976 y 1981 se observa el siguiente comportamiento: el número de Matrices se incrementa de 21% en 1976 a 32% en 1981, lo que significa un crecimiento del 52%. Las sucursales crecen en un 32% pero el cambio más espectacular se da en el número de agencias que de 73% en 1976 para a 171% en 1982 dando un crecimiento total del orden del 134%. El aumento total de oficinas entre estos 6 años es del 80%. (Aguilar Feijó y Sarmiento Jara, 1986, Pág. 16). La Superintendencia de Bancos disminuyó su calidad de fiscalización debido a que esta institución pública se politizó, anteriormente los principales cargos de esta dependencia eran ocupados por profesionales idóneos que fueron seleccionados rigurosamente.

En estos años, las instituciones financieras recibieron de la banca internacional, líneas de crédito en dólares en cantidades jamás antes recibidas en crédito alguno, en el

año de 1977, las ciudades de Quito y Guayaquil constantemente recibieron a representantes de la banca internacional quienes llegaron al país con el propósito de colocar millones de dólares en el sector financiero, por lo que esta tercera etapa fue de prosperidad para el sector financiero, tal es así que instituciones financieras se convirtieron en enormes instituciones similares a las que existían en mercados diez veces más grandes que el mercado ecuatoriano.

La cuarta etapa comprende desde 1980 hasta nuestros días; la crisis económica de 1982 fue un duro golpe al sistema financiero ecuatoriano, crisis que afectó a más de los clientes de la banca, a los pequeños y medianos accionistas de las instituciones financieras que estaban acostumbrados a recibir cuantiosos valores, debido a esta crisis tuvieron que resignarse a recibir pequeños valores o no recibir nada, por lo que las acciones de los bancos cayeron drásticamente, la mayoría de las instituciones financieras a finales de los ochenta terminaron endeudados con el Banco Central, esto se sumaba irregularidades que cometieron administradores de las instituciones bancarias que dio lugar a que más de una institución bancaria quiebre. De igual manera en el año de 1991, la economía entró en crisis nuevamente tuvo que aumentar las reservas para créditos incobrables y recibir bienes en dación en pago de las acreencias, en el año de 1995, los bancos comenzaron a perder liquidez y rentabilidad, por la compra de activos fijos, las crisis de esta época no cesaron, en el año de 1998, las Instituciones Financieras comenzaron a caer una tras otra, sin embargo esta época será analizada en el siguiente capítulo que trata de la Crisis Financiera de dicha fecha.

Cabe recalcar cuales son las instituciones del sistema financiero nacional privados, según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su Art. 2 señala: “Para los propósitos de esta ley, son instituciones financieras privadas los

bancos, las sociedades financieras y corporativas de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público”, las instituciones antes citadas son consideradas compañías, por lo que se rigen por la Ley de Compañías, con excepción de las Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda, y las Cooperativas de Ahorro y Crédito para cuya regulación se establece en la Ley de Cooperativas. La Ley de instituciones del Sistema Financiero señala: “La Superintendencia autorizará la constitución de las instituciones del sistema financiero privado. Estas instituciones se constituirán bajo la forma de una compañía anónima, salvo las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público” por lo que coincidiendo con el criterio de Cueva Carrión en el Estatuto de la Compañía, necesariamente debe constar el objeto de la entidad financiera.

2.2. Origen del Peculado Financiero en la Legislación Ecuatoriana

Cabe hacer una distinción entre el delito de peculado bancario y de peculado de las instituciones financieras o llamado también peculado financiero, por más que estos tipos penales sean diferentes, en la práctica trae confusiones. Históricamente el delito de peculado bancario es anterior al delito de peculado financiero, por lo que primero nos referiremos al del peculado bancario.

El peculado bancario aparece en la reforma del Art. 236 del Código Penal de 1938, mediante Registro Oficial 348 del 23 de octubre de 1941 hasta que se codificó en el Suplemento del Registro Oficial No 1.202 de la Codificación del Código Penal de 1960, en el Art. 233, se incluyó dentro del tipo penal de peculado “Están comprendidos en esta disposición lo que como empleados, manejen fondos del Banco Central, del

Sistema de Crédito de Fomento, y comerciales, y de las Cajas de Previsión Social”, por lo que el peculado bancario se encontraba tipificado en ese entonces y reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.

En el año de 1971, se sustituyó la parte que corresponde: “y de las Cajas de Previsión Social”, por la expresión “y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, por lo que no se dio cambio alguno con relación al peculado bancario.

En el año de 1977 se unificaron tanto la parte pertinente al peculado al Código Penal como la Ley Orgánica de Administración Financiera promulgada el 16 de mayo de 1977, por lo que quedó redactado en la siguiente forma: “Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales o privados”

El Art. 19 de la Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, a la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria – Financiera; y, al Código Penal, promulgada en el Registro Oficial No 190 de 13 de mayo de 1999, amplió la calificación de sujetos activos del delito de peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados o vocales del directorio o del consejo de administración de las instituciones del sistema financiero privado, por lo que podemos señalar que la norma ya hace referencia al peculado financiero. La mencionada norma dispuso: “También están comprendidas en las disposiciones de este Artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen

contribuido al cometimiento de estos ilícitos” por lo que la parte de la norma transcrita coincide plenamente con el inciso cuarto del actual Código Penal, lo que quiere decir que recién en esa fecha (1999), entra en vigencia el peculado financiero.

Por lo que en primer lugar se tenía como sujeto activo del delito de peculado, a los empleados que manejen fondos de los bancos, más tarde a los servidores bancarios, y finalmente “funcionarios, administradores, ejecutivos, o empleados de las instituciones del sistema financiero”. La sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, del 5 de Julio del 2004, en el caso Peñafiel del Banco de Préstamos señala: “En cuanto al sujeto activo, se amplió la imputabilidad del delito de peculado primeramente a las personas encargadas de prestar un servicio público; después a los empleados de los bancos y cajas de previsión; más tarde a los dignatarios de elección popular y en general a todo servidor público, seguidamente a todo servidor bancario que maneje fondos de la entidad en la que presten sus servicios; a los particulares que sin la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito o de sus resultado; y últimamente a los vocales de los directorios o consejos administradores funcionarios, ejecutivos, y empleados de todas las instituciones del sistema financiero nacional (no solamente de los bancos) que no tengan el manejo de los fondo, pero hubiesen contribuido al cometimiento del delito, en razón de sus cargos”(Cueva Carrión, Tomo II, 2007, Pág. 155), por lo que podemos darnos cuenta que se amplió los sujetos activos del delito de peculado, también los objetos, y las instituciones sobre las cuales se produce el delito de peculado.

De igual manera el Art. 257^a ha sido agregado según se indica en el Art. 20 de la Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial 190, del 13 de mayo de 1999, en el cual se

señala “Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el Artículo anterior, que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías violando expresa disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.”, este Artículo hace referencia a los créditos vinculados por lo que será analizado en páginas posteriores.

2.3.Diferencia entre Peculado Bancario y Peculado Financiero

Los delitos de peculado bancario y de peculado financiero se distinguen por el sujeto, por el objeto y por los efectos que producen en la economía y en la sociedad, para una mayor ilustración en el Art. 257 inciso tercero se encuentra tipificado el peculado bancario, y en el inciso cuarto y Art. 257 A, el peculado financiero.

En cuanto al sujeto activo de delito de peculado bancario, este pertenece a la clase media o baja, por ejemplo el cajero de un banco, este trabaja para vivir, es empleado de una institución bancaria, en cambio el peculado financiero el sujeto pasivo está ubicado en las clases altas, por lo que el peculador financiero es dueño del capital, no es un empleado como en el caso del peculado bancario, debido a que en el peculado bancario se habla de “servidor”, teniendo en cuenta que servidor es el empleado, no están comprendidos en esta norma los ejecutivos de los bancos estatales ni sus administradores.

En cuanto al sujeto pasivo, en el caso del peculado bancario y el peculado financiero se diferencia en cuanto al peculado bancario, el único sujeto pasivo es la institución perjudicada, mientras en el peculado financiero el perjudicado es la sociedad, la economía de país y por lo tanto sus depositantes, por lo que podemos decir que el sujeto pasivo es múltiple.

El objeto, aunque no existe una diferencia abismal, debido a que en definitiva el objeto sobre el cual recae el ilícito son dineros que en están en posesión de la institución financiera, hay una diferencia: en el peculado financiero el objeto ataca al capital del banco, en el caso del peculado bancario el objeto solamente incide sobre el dinero que maneja el encargado, no produce un perjuicio tan grande como el cometido por el peculador financiero.

En cuanto a los efectos el peculado financiero causa alarma social, tal como sucedió en la crisis financiera ecuatoriana de 1998-1999, el delito de peculado bancario no ocasiona gran conmoción social, es más muchas veces pasa desapercibido. Sin embargo debemos señalar que se entiende por alarma social, la Gaceta Judicial Serie XV, No 6, pág. 1702: En cuanto al agravante de haber causado alarma a la sociedad, el ilícito cometido por la encausada se considera: que en materia bancaria hay alarma social cuando en realidad causa pánico bancario o el Banco sufre una disminución considerable en los depósitos de sus clientes y hay un retiro masivo en los fondos”

Por lo que podemos concluir la diferencia entre el peculado financiero y el peculado bancario, nos corresponde analizar el peculado financiero debido a que causó conmoción en la crisis financiera de 1998-1999, y analizaremos la influencia el

peculado financiero en dicha crisis, sin embargo nuestra jurisprudencia no hace una diferenciación, más aun no reconoce su existencia.

2.4. Elementos del tipo

Para una mejor comprensión del tipo penal, es necesario la transcripción del inciso cuarto del Art. 257 del Código Penal, inciso que se refiere específicamente al delito de peculado financiero: “también están comprendidos en las disposiciones de este artículo, los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos” y en el Art. 257A del Código Penal señala: “Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años, las personas descritas en el inciso anterior que, abusando de sus calidades, hubieran actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto a esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de terceros”

2.4.1. Bien jurídico Protegido

Como señalamos anteriormente el bien jurídico protegido del peculado en general no es el mismo que el peculado financiero en cuando a que el peculado común resguarda como bien jurídico a la “Administración Pública”, en el peculado financiero no tiene sentido decir que el bien jurídico es la Administración Pública debido a que este peculado es cometido por funcionarios privados es decir por banqueros, podemos señalar que el bien jurídico protegido en este caso es el deber de honestidad y probidad

que deben tener estos funcionarios, así mismo en principio, la afectación recae sobre los bienes que pertenecen a la misma institución privada. Por ello se concluye que en general los bienes jurídicos protegidos es por un lado la confianza del público y por otro el patrimonio privado. Por lo que es necesario tener en cuenta las siguientes situaciones: en el caso del peculado financiero, como este causa alarma social en relación con el peculado bancario, este afecta la actividad de la institución financiera, el bien jurídico protegido es la confianza del público y el patrimonio de los clientes, caso contrario cuando el delito de peculado no atenta contra el correcto desempeño de la institución financiera, los bienes jurídicos protegidos se contraen a la confianza depositada por la institución financiera a su funcionario, siendo este último caso el peculado bancario.

Desde el punto de vista teórico el bien material puede ser considerado como “pluriofensivo”, es decir con el comportamiento sancionado se quebrantan o pueden quebrantarse varios bienes jurídicos (orden socio económico y propiedad individual) (Cancino Antonio, Gómez Méndez y otros, 1985, Pág. 208)

Por otro lado es un hecho que las instituciones financieras privadas manejen fondos públicos, y en este caso también hay que hacer una distinción, si en el perjuicio aparecen bienes públicos, la figura podría revestir en un agravante de un delito financiero, en su defecto, -analizando el tipo-, se trataría de una extensión de la tipificación del peculado y en este caso se estaría ante un peculado impropio. Calvachi Cruz citado a Carrara señala: “La imposibilidad de un título suele provenir de que en determinada figura criminosa falta alguna de las condiciones esenciales y constitutivas del título propio.”, pero es necesario aclarar que este es un caso de excepción, más ello

no implica una generalización de la extensión. En ambos casos los bienes jurídicos penalmente protegidos serán aquellos que correspondan al tipo legal específico (Calvachi Cruz Reinaldo, 2000). Por lo que se dice que cabe un funcionario privado cometa peculado impropio respecto de aquellos fondos que están en su poder, referidos a fondos públicos, por ejemplo: el caso que la institución bancaria sea agente de recaudación de ciertos tributos, sin embargo si el delito de peculado se cometió sobre los fondos comunes de la institución entre estos fondos comunes se encuentra los fondos públicos, en este caso es imposible determinar si la apropiación, es de uno u otros fondos, en este caso existiría un delito financiero agravado.

La extensión general del delito de peculado que contempla el Código Penal puede provenir del hecho que se confunde aquella manifestación de fe público con la confianza depositada por la sociedad en las instituciones financieras privadas. Las dos no son sinónimos ni pueden asimilarse, ya que si ello se hace, se desvirtúa la funcionalidad y objetivos del Estado con el ámbito privado. Calvachi Cruz citando la Gaceta Judicial Serie XV, No 6, pág. 1702, señala: “La jurisprudencia ecuatoriana ha asimilado como sinónimos la fe pública depositada en un funcionario público y la confianza colectiva depositada en las instituciones financieras y en sus funcionarios, interpretándolos como similares para efectos del delito de peculado, aunque la alarma social en las dos es grave, esto no significa que se constituya en el eje que los una” (Ibidem)

2.4.2. Objeto Material

Cueva Carrión señala “el peculado financiero ya no recae únicamente sobre los fondos sino sobre todos los bienes bancarios y financieros” (Peculado, Teoría, Práctica

y Jurisprudencia, Tomo II, 2007, Pág. 110). Por lo que comete peculado financiero quién esta abusando de fondos es decir del dinero depositado por los clientes en la institución financiera, y comete peculado también la persona que abusa de los bienes entendiendo por bienes tanto los muebles como inmuebles. Lo esencial en el peculado financiero con relación al objeto material, de igual manera que el peculado en general, es que existe la condición que los bienes o fondos en este caso fondos del público “que estuvieren en su poder en virtud o en razón de su cargo”, no analizaré dicha condición debido a que esta ya fue analizada en el primer capítulo cuando nos referimos al objeto material.

En el Código Penal Colombiano, el objeto material esta constituido principalmente por fondos captados del público, debido que el tipo penal llamado “*el delito de utilización ilegal de fondos captados por el público*” señala: “*Los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las instituciones del sistema financiero que, utilizando fondos captados al público, los destinen sin la autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades incurrirá en prisión de 2 a 6 años*”, sin embargo el libro de Derecho Penal Especial Colombiano señala que puede ocurrir que los bienes o dinero que se utilizan para la realización de la conducta no sean exactamente los captados por el público.(Cancino Antonio, Pérez Pinzón y otros, 1985, Pág. 211). Esta hipótesis no quedo resuelta por el legislador colombiano debido a que no solamente la acción u omisión del sujeto activo pone en peligro los fondos del público, puede suceder que el dinero de los accionistas se pongan en peligro por una iliquidez originada en operación de adquisición de otros fondos. En la legislación ecuatoriana el objeto material consiste en fondos captados del público y bienes, por lo

que igual manera el legislador no previó el caso en que el dinero de los propios accionistas se puede poner en peligro. Es obvio que los fondos y los bienes tienen que ser ajenos, es decir no pertenecer al sujeto activo sino a quienes le encomendó su manejo, cuidado, o administración.

2.4.3. Sujetos:

2.4.3.1 Sujeto Activo

Cueva Carrión citando a Rafael Bielsa señala de la delincuencia financiera: “Son delitos de gente inteligente, avezada en los negocios, conocedora de las leyes y reglamentos y de las artimañas para eludir sanciones, influyentes por su poder corruptor, y que tiene relaciones mundanas y políticas con los funcionarios” (Ibidem). En el tipo penal de peculado financiero, el sujeto activo es cualificado, es decir no cualquier persona puede cometer dicho delito, por lo que se requiere de ciertas características específicas; el sujeto activo debe ser funcionario, administrador ejecutivo o empleado de las instituciones del sistema financiero nacional privado, o también miembro o vocal de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, así lo señala el inciso cuarto del Art. 257 del Código Penal “también están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubieren contribuido al cometimiento de estos ilícitos.”, por lo que existe una gran diferencia con el peculado en general debido a que en este tipo penal las personas que cometen dicho ilícito son “los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público”, en el caso del peculado financiero el sujeto activo debe pertenecer al sector privado.

Sujeto activo del delito de peculado financiero es determinado, de igual manera desde el punto de vista analítico, el sujeto activo es singular, pero en realidad la mayoría de los comportamientos delictuosos se realizan con la pluralidad de personas, ya que así lo impone la naturaleza misma de la acción compleja que debe desarrollarse (Ibidem)

Debemos darnos cuenta que el sujeto activo se encuentra por decirlo de alguna manera dentro de las relaciones de confianza que cuidan el patrimonio. (Donna Alberto, 2007, Pág. 471)

Además cabe señalar, que el tipo penal nada dice al respecto si actúa de cómplice o encubridor de un sujeto que no ostenta la calidad de servidor bancario, siendo incierto si se le juzga por robo o hurto, o por coautor de peculado financiero, sin embargo debe hacerse extensiva la norma para los que actúan en el cometimiento de peculado sin ostentar la calidad de funcionario de una institución financiera, tal como señala el Art. 121 señalando a cerca de los funcionarios públicos “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.” Por lo que de igual manera serán sancionados por el peculado financiero.

En la norma penal, divide en categorías al sujeto activo, “funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero”, por lo que es necesario referirse a cada una de estas:

El funcionario es un sujeto que desempeña una función y que en la jerarquía administrativa de una institución ocupa a escala superior; tiene poder de decisión y, por ende relativa autonomía en la actividad cotidiana. (Ibidem)

En la parte final del inciso primero del Art. 2 de la Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero promulgada en el Registro Oficial No 319 del 16 de noviembre del 1999 dispuso que después del Art. 131 se añada un Artículo, que definió a los funcionarios del sistema financiero de la siguiente manera “Para los efectos previstos se consideran funcionarios aquellas personas que ya sea en relación de dependencia o bien como apoderados, asesores, o a través de la prestación de servicios tengan a su cargo individual o conjuntamente, la aprobación o instrumentación de las operaciones activas o contingentes de la institución financiera”. Como podemos darnos cuenta, la norma alude a que son funcionarios aquellas personas que tienen poder de decisión y además relativa autonomía tal como señalamos en la definición de funcionario.

El administrador, palabra que deriva del latín administrator-oris. Cueva Carrión citando al Cabanellas señala: “Persona que administra bienes ajenos” de igual manera da otro concepto en el cual señala “El que cuida, dirige y gobierna los bienes de otro. Siendo la administración el mandato, el administrador no es más que un mandatario con sus obligaciones y sus derechos”. Por lo que podemos señalar que administrador es la persona que encargada de la conservación y administración del patrimonio de otra, ya sea en virtud de la ley ya sea por negocio jurídico. El Art. 30 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala: “La administración de las instituciones del sistema financiero privado estará a cargo del Directorio o del Consejo de Administración, según corresponda, y más organismos que determine su estatuto. Los

miembros del Directorio serán civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus respectivas atribuciones y deberes...”

El vocablo ejecutivo proviene del latín *exsecutus*, es participio pasivo de *exsequi*, que significa: consumir, cumplir. (Ibidem). Cueva Carrión citando a Valleta Laura en su Diccionario de Derecho Comercial define al ejecutivo “Persona que forma parte de una comisión ejecutiva o que desempeña un cargo directivo en un empresa. Persona que toma decisiones y las ejecuta”(Ibidem). Por lo que se considera ejecutivos de una institución financieras, las personas que forman parte del Directorio que es el órgano que toma decisiones, pudiendo ser de igual manera considerado este el órgano administrador.

Cueva Carrión citando a Capitant señala al empleado: “Persona que bajo la subordinación de otra cumple un acto o función determinados...”, no es necesario hacer una mayor precisión debido a que el sujeto empleado fue examinado en el primer capítulo de esta tesis. (Ibidem)

En cuanto a los miembros o los vocales del directorio y de los consejos de administración. El Art. 30 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala: “La administración de las instituciones del sistema financiero privado estará a cargo del Directorio o del Consejo de Administración, según corresponda, y más organismos que determine su Estatuto...”. Se entiende por Consejo de Administración al conjunto de personas designadas de una sociedad anónima por la asamblea general o los estatutos, para administrar con el nombre de administradores los negocios de la sociedad, por lo que obligatoriamente tienen que ser accionistas.

2.4.3.2. Sujeto Pasivo

Si el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y este bien es el “orden socio económico”, el sujeto pasivo es la sociedad. Los accionistas, socio ahorradores, cuenta correntistas, que resulten menoscabados en su patrimonio, adquieren la posición de perjudicados y seguramente pueden acudir al proceso penal como “parte civil”, no son sujetos pasivos del delito, en el sentido dogmático del término. (Cancino Antonio, Pérez Pinzón, otros, 1985, Pág. 208) Podemos darnos cuenta que el sujeto pasivo del delito de peculado financiero puede ser tanto una persona física como una persona jurídica debido a que estas pueden ser clientes de la institución financiera.

Sin embargo en la sentencia del Recurso de Casación emitida el 16 abril del 2008, revocando la sentencia absolutoria dictada en contra de funcionarios del Banco Popular señala: “ el sujeto pasivo es cada uno de los depositantes perjudicados con los fondos desfalcados, o distraídos arbitrariamente por el sujeto activo”

Por cuanto en nuestra legislación podemos señalar como sujetos pasivos del peculado financiero a la sociedad y depositantes, cabe recalcar que el peculado financiero no solo destruye la confianza y la buena fe de los clientes sino de la sociedad misma debido a que este delito produce un escándalo social.

Excepcionalmente podemos decir que sujeto pasivo puede constituir el Estado, esta excepción podemos apreciar cuando el Estado es cliente de la institución financiera.

2.5. Concesión y Obtención dolosa de créditos vinculados

Antes de analizar en que consiste la concesión y obtención dolosa de créditos vinculados, debemos señalar que recién a partir del 13 de mayo de 1999, el

otorgamiento de créditos vinculados se constituye como delito de peculado con la expedición de la Ley 99-26 promulgada en el Registro Oficial No. 190, por lo que antes de dicha fecha no se encontraban prohibido los créditos vinculados, anteriormente el otorgamiento de créditos vinculados en el monto mayor al establecido por la Ley era sancionado con multa impuesta por la Superintendencia de Bancos.

Actualmente el Artículo 257A del Código Penal señala: *“Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes haya prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero”*. Como señalamos anteriormente la obtención y concesión dolosa de créditos vinculados es otro de los delitos de peculado financiero, agregado al Código Penal el 13 de mayo de 1999, en el Registro Oficial 190.

Etimológicamente la palabra crédito, viene del latín *creditum* (sustantivación del verbo *credere*: creer), que significa "cosa confiada". Así "crédito" en su origen significa entre otras cosas, confiar o tener confianza (es.wikipedia.org), se entiende por crédito comercialmente el compromiso de pago que adquiere una persona o una institución sobre la base de la opinión que se tiene de ellos, en cuanto cumplirán puntualmente sus compromisos económicos (Díaz José, Manual de Créditos y Cobranzas).

Según la reforma del 13 de mayo de 1999, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se encuentran prohibidos los créditos vinculados, por lo que en su Art. 73 señala: *“Se prohíbe efectuar operaciones con personas naturales o jurídicas*

vinculadas directa o indirectamente con la administración o la propiedad de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora...”, este tipo de créditos se denomina en Bolivia “créditos incestuosos”, en Estados Unidos “insider borrowing” que es la concesión de autopréstamos bancarios en forma abusiva, en Italia “crédito irregular”; y en Suiza, “abuso de confianza”(Cueva Carrión, 2007, Pág. 156).

En el Art. 73 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala: “Ninguna institución del sistema financiero podrá realizar operaciones activas y contingentes con una persona natural o jurídica por una suma que exceda en conjunto, el diez por ciento (10 %) del patrimonio técnico de la institución. Este límite se elevará al veinte por ciento (20%) si lo que excede del diez por ciento (10%) corresponde a obligaciones caucionadas con garantía de bancos nacionales o extranjeros de reconocida solvencia o por garantías adecuadas admitidas como tales, mediante normas de carácter general expedidas por la Superintendencia de Bancos. Los límites de créditos establecidos se determinan a la fecha de aprobación original de la operación de crédito... En el Art. 74 de la misma Ley señala: “Se considerarán vinculadas a la propiedad o administración de la institución del sistema financiero, las siguientes:

- a) Las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente el uno por ciento (1%) o más del capital pagado de la institución financiera o de la sociedad controladora del banco o institución financiera que haga cabeza del grupo financiero;
- b) Las empresas en las cuales los representantes legales, administradores directos o funcionarios posean directa o indirectamente más del tres por ciento (3%) del capital de dichas empresas;

c) Los cónyuges o los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los representantes legales, de los administradores directos o funcionarios de una institución financiera;

d) Las empresas en las que los cónyuges, los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los representantes legales, de los administradores directos o funcionarios de una institución financiera, posean acciones por un tres por ciento (3%) o más del capital de dichas empresas; y,

e) Las que se declaren presuntivas, con arreglo a las normas de carácter general que dicte la Superintendencia de Bancos, por plazos, tasas de interés, falta de caución u otra causa, en las operaciones activas o sujetos que tengan tratamientos preferenciales en operaciones pasivas.

En caso que los funcionarios o empleados hayan intervenido en la autorización, suscripción de las operaciones vinculadas con una suma que exceda el que determina la ley, serán sujetas a una multa equivalente al (20%) del monto del exceso, la que será impuesta por la Superintendencia de Bancos, además el Superintendente mediante resolución los removerá de su cargo.

El Código Penal en su Art. 257 señala: “Serán reprimidas con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que ...”, por lo que se consideran sujetos activos de esta norma “los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubieran contribuido al cometimiento de estos ilícitos”, de igual manera como este tipo penal corresponde al peculado financiero el sujeto pasivo es múltiple

como señalamos anteriormente atenta contra la economía del Estado, la economía de los clientes de la institución financiera.

Los verbos rectores del Art. 257A, son: “Abusar”, “Actuar”, “Obtener”, “Conceder”, “Violar”. Para que se realice el tipo penal deben producirse todas estas acciones descritas en estos verbos hasta la culminación del Iter Criminis, de lo contrario el delito no se produce (Cueva Carrión, 2007, Pág. 187), la finalidad misma “obtener o conceder créditos vinculados”, siempre en este actuar se debe evidenciar dos sujetos, un sujeto que concede los créditos vinculados y otra persona que obtiene dichos créditos, por lo tanto las dos personas cometen peculado financiero, en este caso podemos evidenciar que siempre los representantes de la institución son los que conceden los créditos vinculados y personas ajenas a la institución o otras instituciones son las que obtienen dichos créditos vinculados, por lo que actúan como cómplices de peculado financiero. Además el sujeto pasivo no solo debe abusar de su calidad en forma dolosa hasta conceder los créditos vinculados, además el Artículo señala “violando expresas disposiciones legales respecto a esta clase de operaciones”, es decir violando las disposiciones legales de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señaladas anteriormente.

Cabe señalar como funcionan los créditos vinculado a empresas, que pueden ser reales o fantasmas, sin embargo anotaremos un ejemplo en el caso de una empresa fantasma: El vehículo más directo a través del cual se hace una operación relacionada con una empresa fantasma consiste en prestar los depósitos de los clientes a la empresa(1), la cual canaliza estos recursos hacia cualquier negocio personal. Si se tratara de un crédito bien constituido esta empresa generaría los recursos suficientes para pagar los intereses por el uso del capital, pero como la empresa no existe, entonces

el banco utiliza más depósitos de sus clientes para hacer un nuevo crédito a la empresa (2) (porque es prohibido otorgar créditos a la misma empresa para pagar los intereses que debe), ... por lo que así se origina y continúa la piramidación de créditos... hasta cuando los depósitos caen y las tasas de interés siguen subiendo, el banco tiene que transferir más de lo que recibe. Entonces se inician los problemas de liquidez... la situación se agrava cuando los depósitos se revierten, es decir hay retiros. El banco acude más agresivamente a los interbancarios, pero ya cuando ningún banco le presta recursos debe pedir el auxilio al BCE vía créditos de liquidez... hay mayor sofisticación cuando interviene el banco off shore. Los depósitos en dólares de los de la banca off shore son prestados directamente a empresas vinculadas, entonces el banco local es el encargado de captar y de hacer la “inversión” en su banca off-shore, teniendo carta abierta para disponer de los recursos de los clientes captados por la banca nacional, este mecanismo es difícil de ser detectado, por lo que suele ser el más utilizado. (Ibidem)

La pena de la concesión y obtención dolosa de créditos vinculados es de cuatro a ocho años, de igual manera quedan incapacitados para “el desempeño de todo cargo o función públicos”, igual manera el Art. 257 del Código Penal señala que los servidores bancarios que cometan dicho ilícito están incapacitados perpetuamente a ejercer cargo alguno en las instituciones del sistema financiero, en este caso el juez de primera instancia deberá comunicar a la Superintendencia de Bancos, de igual manera el Art.165 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala: “...la incautación de los bienes de los accionistas que posean más del 6%, o de los administradores que hayan incurrido en infracciones a esta ley, y/o de las empresas que a criterio de la Superintendencia puedan considerarse como vinculadas al accionista o al administrador. Los bienes que se incauten en aplicación de esta ley serán entregados en depósito

provisional a la Agencia de Garantía de Depósitos para que con el producto de su administración cumpla con los fines específicos.

Las penas previstas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y en el artículo 257 A del Código Penal, se añadirá el secuestro, retención, o la prohibición de enajenar los bienes o patrimonio de los directores, accionistas, ejecutivos, beneficiados de los créditos vinculados, si el sindicado fuere absuelto, o sobreseído definitivamente, el Juez ordenará la devolución de los bienes incautados, de acuerdo con el reglamento que para el efecto dictará la Superintendencia de Bancos.

Cueva Carrión señala: A este tipo de delincuentes también les es aplicable el Art. 60 del Código Penal que dispone la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena. El Art. 60 del Código Penal señala: “Toda sentencia que condene a reclusión o prisión causa la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena; pero en los casos que determine expresamente es Código, los jueces o tribunales podrán imponer la suspensión de tales derechos, por un tiempo de tres a cinco años aunque la prisión no pase de seis meses”.

El Art. 216 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala: “Si alguna empresa recibió crédito vinculado en contravención a la ley, o por medio de testaferros, lo que deberá analizar la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), para su calificación, automáticamente el patrimonio y los activos de la empresa que recibió crédito vinculado se constituirán en garantía de los depositantes, que serán respetados por la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) para efectos de las acciones administrativas y judiciales

De igual manera el Art. 257 A, del Código Penal “y a quienes hayan prestado su nombre en beneficio propio de un tercero”. Es necesario remitirnos a una definición de testafarro, “es el que presta su nombre, en un contrato, pretensión o negocio, que en realidad no es suyo” la norma penal que estamos comentando no utiliza el vocablo “testafarro”, si no la expresión “y a quienes hayan prestado su nombre; se refiere al “prestanombre” pero, equivale al testafarro (Cueva Carrión, 2007, Pág. 192), por lo que castiga a quién presta el nombre siempre que exista la obtención de un beneficio, sin importar quien es el beneficiario: el prestamista, el prestatario del nombre, o los dos en forma conjunta.

2.6. La acción nuclear

Para el caso de los delitos cometidos por los funcionarios de las instituciones del sistema financieras privadas, debería crearse un capítulo específico en el Código Penal que se refiera a los delitos financieros, estudiando sus especiales características y las formas o los mecanismos para cometerlos.(Calvachi Cruz, 2000, Pág. 102) Así como en el peculado en general, el verbo rector que utiliza nuestro Código Penal, es abusar, como señalamos en el Capítulo I, este denota una serie de posibilidades que va desde la apropiación hasta el uso distinto a los previstos legalmente.

2.7. Prescriptibilidad

En el caso de la prescriptibilidad del peculado bancario, existen dos corrientes aquella que señala que dicho delito es imprescriptible se basa en el Art. 121 de la Constitución, que señala “Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones

del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.”

Según como interpretan este Artículo, en la parte que corresponde a “estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas: ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad” será aplicable la imprescriptibilidad tanto a los funcionarios públicos como a los funcionarios que laboran en una institución financiera, debido a que el artículo en mención habla de “a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas”, es decir de funcionarios públicos.

La otra corriente que se inclina por la prescriptibilidad señala que el Art. 121, de la Constitución Política del Estado, nada tiene que ver con la prescripción de los funcionarios bancarios, debido a que habla exclusivamente a funcionarios públicos y en la parte que señala “estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas: ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad”, se refiere a los que actúan como cómplices o encubridores de los funcionarios públicos que aunque no ostenten dicha calidad

responderán por peculado, esta corriente se remite al Art. 257 del Código Penal, sin embargo no cabe distinción alguna en el caso de que el delito sea cometido por un cajero de una institución financiera o por los administradores, por lo que no es justo equiparar las dos situaciones siendo inadmisibles. Para efecto de la prescriptibilidad se toma en cuenta como señalamos anteriormente el Art. 257 del Código Penal, inciso 6, que señala: “La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el Art. 101” y en el Art. 101 del mismo Código señala: “Toda acción penal prescribe en el tiempo y en las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen: Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirán ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no el enjuiciamiento. A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas del último inciso del número 2 del Artículo 23 y en el segundo inciso del Artículo 121 de la Constitución Política de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de la acción es pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para perseguirlos prescribirá en quince años, tratándose de delitos.... El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada. En los mismos delitos de acción pública de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos contados desde la fecha de auto de cabeza de proceso. Si el sindicado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores a la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión y a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos los plazos se contarán desde la fecha del inicio de instrucción. No

surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia...”, debemos remitirnos al Art. 257 del Código Penal, en el inciso primero señala las penas “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años... la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional..., Según el Art. 53 del Código Penal “La reclusión mayor... se divide en:

- a) Ordinaria de cuatro a ocho años y, de ocho a doce años
- b) Extraordinaria de doce a dieciséis años
- c) Especial de dieciséis a veinticinco años.

Por lo que si analizamos el Art. 101 del Código Penal, la prescripción corresponde:

De no haber enjuiciamiento, o de haber enjuiciamiento iniciado antes de aquellos plazos se cumplan: en los delitos reprimidos con reclusión prescribirá en diez años, en el caso del peculado es veinte años debido a que el Art. 257 nos indica que prescribirá en el doble de la penal señalada en el Art. 101.

Si el sindicado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores a la instrucción, según el Art. 101 en caso de reclusión los plazos se reducirán a ocho años, sin embargo como es el doble de la pena, en este caso prescribirá en dieciséis años.

Esta corriente que se inclina por la prescriptibilidad señala que los que se remiten al Art. 121, de la Constitución Política del Estado, nada tiene que ver con la prescripción

2.8. El juzgamiento en ausencia

De igual manera que el principio de la prescriptibilidad, el juzgamiento de ausencia es discutido por parte de los doctrinarios del peculado financiero, una parte del sector doctrinario señala que cabe el juzgamiento en ausencia basándose al Art. 121 de la Constitución Política del Ecuador en la cual señala “...*Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados, **Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.***”, por lo que sostienen que en la parte “*aunque no tengan las calidades antes señaladas*” a aquellas personas que no tienen la calidad de servidor público, es decir pueden incurrir los servidores privados –solamente aquellos que laboran en las instituciones financieras-, sin embargo otros sector doctrinario señala que el Artículo en referencia solamente menciona a los funcionarios y servidores públicos en general, por lo que no cabe el juzgamiento en ausencia. Cabe mencionar que en la práctica los procesos se llevan a cabo así sea sin la presencia del sujeto activo del ilícito.

2.9. La extradición en caso de peculado financiero

La extradición es una de las herramientas que se requieren para combatir la corrupción y para evitar la impunidad en ciertos delitos, sin embargo en el caso del peculado financiero cabe el juzgamiento en ausencia.

Hay que diferenciar la situación legal antes del 13 de enero del 2000 y después de esta fecha en que se publica el suplemento del Registro Oficial No. 360, registro oficial en el cual el nuevo Código de Procedimiento Penal entra en vigencia, por lo que la situación legal antes del 13 de enero del 2000, es la siguiente: para que se pueda tramitar o solicitar la extradición había que recurrir al Reglamento relacionado con la Ley de Extranjería que establece como presupuesto de procedibilidad que se haya dictado un auto de prisión en firme, o que se haya dictado una sentencia condenatoria igualmente en firme. Según el Código de Procedimiento Penal promulgado en 1983, en la etapa del sumario es decir la primera etapa del proceso penal no era posible que se tramitara la extradición, debido a que si bien se podía dictar un auto de prisión preventiva, este auto podía ser revocable pues puede quedar sin efecto cuando el juez considere que se han desvirtuado los presupuestos que le dieron nacimiento, por lo que se considera que es un auto no en firme por lo que no cabe la extradición.

A partir del 13 de enero del 2000, el Código de Procedimiento Penal en el Art. 7 señala *“Es obligación del juez solicitar en la forma prevista en la ley y en los convenios internacionales, la extradición del prófugo en los casos de prisión preventiva o de sentencia condenatoria ejecutoriada”*, por lo que podemos concluir que a partir de esta fecha ya no es necesario que esté en firme la medida cautelar de la prisión preventiva siempre que se trate de procesos penales iniciados a partir del 13 de enero del 2000, sin embargo es necesario para que proceda la extradición exista un Tratado, Convenio, o Pacto Internacional con el país en donde se encuentra la persona prófuga. Por lo que en el caso de que el delito sea cometido antes de la vigencia del Código de Procedimiento Penal de acuerdo con el Reglamento a la Ley de Extradición solo cabe la extradición en la etapa del plenario en la cual el auto de prisión preventiva no es revocable.

La Ley de Extradición en su artículo 7 señala “*La solicitud de extradición se formulará por vía diplomática, o en caso de falta de representante diplomático del Estado requirente en el Ecuador, de Gobierno a Gobierno, debiendo acompañarse:*

a) Copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente, con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados.

b) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares.

c) Copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso.

d) Si el delito estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el numeral 7 del artículo 5 de esta ley, el Estado requirente dará seguridades suficientes, a juicio del Gobierno ecuatoriano, de que tales penas no serán ejecutadas.

Los referidos documentos, originales o en copia certificada, se acompañarán de una traducción oficial al español cuando sus textos estuvieren en otro idioma. Cuando el trámite se realice por vía diplomática no será necesaria la autenticación de los documentos presentados.”

2.10. Concurso

En la práctica para facilitar la ilícita operación comercial o para ocultarla, se producen alteraciones en documentos por lo que habrá un concurso material entre el delito contra la fe pública y el estudiado.

2.11. Crítica de la regulación del Peculado Financiero en nuestra legislación

Es necesario que la regulación del tipo penal que sancionan los ilícitos cometidos por los servidores de las instituciones financieras sea legislada con mayor claridad, debido a que este puede prestarse a varias interpretaciones, las cuales no eran el objetivo del legislador, por lo que debería existir un tipo penal para peculado cometido en contra la administración pública y otro tipo penal para el peculado por extensión diferenciando claramente entre el peculado financiero y el peculado bancario debido a que no se puede juzgar por igual a un empleado del banco que abusa de pequeñas cantidades de dinero con relación a aquel funcionario que abusa de fondos del público y a raíz de dicho abuso da lugar a la quiebra de la institución financiera, este tipo penal es el resultado de una legislación que fue redactada de una manera apresurada, por los hechos que se encontraban viviendo nuestro país en ese entonces desvirtuando el objetivo de la punibilidad.

CAPITULO TERCERO

CRISIS DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

3.1 Origen de las Crisis de las Instituciones Financieras

Crisis “es la manera brusca que tiene el mercado de decirle a un país que su política económica no es sostenible... su manifestación más concreta es el retiro masivo de capitales” (www.bcp.gov.py), por crisis de las instituciones del sistema financiero debemos entender por corrida de dichas instituciones financieras o quiebra de estas, en la cual debe existir la intervención del Banco Central en gran escala, y demás instituciones públicas.

En el año de 1866, una de las primeras instituciones que cerraron sus puertas fue el Overend & Guernsey, ubicado en ese entonces en la ciudad de London, este era un

Banco de Descuento que ofrecía fondos a bancos comerciales, los inversionistas de este banco sufrieron múltiples pérdidas en Argentina, un tiempo después que este banco se declarara en quiebra quebraron bancos más pequeños ante la imposibilidad de solicitar fondos, sin embargo el Banco de Inglaterra asumió el nuevo papel como prestador de fondos con el fin de solventar a las demás instituciones financieras.

Otra de las grandes crisis fue el colapso del Wall Street, el 24 de octubre de 1929, conocido como el “jueves negro”, día en que se dio la caída de la Bolsa de New York, que provocó la posterior crisis bancaria y la Gran Depresión. En Sector financiero en 1929 habían quebrado cuarenta bancos. La quiebra tiene lugar por dos motivos:

- Los particulares retiran sus depósitos ante el temor de perderlos.
- Los bancos no pueden recuperar los préstamos concedidos a los especuladores en bolsa, ni los invertidos a largo plazo en la industria.

La quiebra bancaria paraliza la inversión de la cual redujo drásticamente la producción a la mitad y cerca de cien mil empresas cerraron sus puertas (es.wikipedia.org).

En 1985 algunos de los bancos de ahorros y préstamos en Estados Unidos -eran instituciones locales que ofrecían hipotecas y recibían depósitos de pequeños inversionistas-, comenzaron con el paso del tiempo a realizar operaciones más complejas e intentaron competir con los grandes bancos comerciales, por lo que muchas instituciones quebraron.

En el año de 1994, estalló una de las más graves crisis económicas en México, lo que implicó un gran retiro de depósitos, lo que dio lugar a problemas de liquidez, que a

su vez se convirtió en la insolvencia de algunas instituciones del sistema financiero, esto dio lugar principalmente al crecimiento de la cartera vencida. De igual manera una de las crisis más críticas en los últimos años es la Crisis Financiera de Asia en el año de 1997, que comenzó en Tailandia y se propagó al resto de países de dicho continente, señalando que una de las principales causas es la fragilidad bancaria, entendido por la falta de supervisión financiera en el marco de la liberalización del sector financiero. En la década de 1990, seis países latinoamericanos enfrentaron el duro golpe que el sistema financiero se derrumbara, entre estos países: Argentina, Colombia, República Dominicana, Ecuador, México y Uruguay.

Es interesante mencionar un dato sobre el estudio del FMI desarrollado en 1996; según este en el periodo de 1980 a 1996 se ha registrado cerca de 130 crisis bancarias alrededor del mundo; que en países en vías de desarrollo han producido grandes costos fiscales tenemos los casos de México (ya mencionado) y Venezuela. Por lo tanto podemos observar, que la crisis financiera ecuatoriana se desarrolló en un escenario de constantes crisis a nivel latinoamericano y mundial. (De la Torre Augusto, 1997, Pág. 3) (lo que consta en paréntesis me corresponde).

3.2 Estructura de la Crisis Financiera Ecuatoriana

3.2.1 Factores exógenos importantes de la crisis financiera y explicación de la crisis bancaria (1994-2002)

En el año de 1998, una de las noticias más difundidas en los periódicos del Ecuador, fue la famosa quiebra bancaria, los bancos entraban en proceso de liquidación uno tras otro, los depositantes se atemorizaban y trataban de retirar todos sus fondos.

Esta crisis ha estado presente en el mundo entero y no puede negarse que en el Ecuador ha sido una de las mayores crisis que ha atravesado el país.

Crisis que respondió a una pluralidad de factores estructurales y de circunstancias coyunturales adversas, que no fueron idóneamente asumidas por los bancos y por las instituciones financieras. (IFIs)... Debido a la gran sensibilidad prevaleciente en el ámbito monetario-financiero entre los acontecimientos trascendentales para la crisis del sistema financiero privado, cabe citar los siguientes acontecimientos:

- a) los preanuncios en 1996 basadas en declaraciones de personeros políticos de la transformación del sistema monetarios, introduciendo la convertibilidad del modelo argentino.
- b) Los acontecimientos políticos con la consiguientes inestabilidad institucional de:
 - La destitución en febrero de 1997, del Presidente Abdalá Bucarám
 - El gobierno interino, de febrero de 1997 a agosto de 1998, de Fabián Alarcón.
 - La destitución del presidente de la república Jamil Mahuad, en enero del 2000
- c) El fenómeno del El Niño en 1998
- d) En 1998, el impuesto a la circulación de capitales
- e) La liberación, en febrero de 1999, del precio de las divisas: abandono del sistema de bandas cambiarias, sustituidas por la libre flotación del dólar.

- f) El feriado bancario en marzo de 1999, y la congelación de los depósitos bancarios.
- g) La realización, en 1999, de auditorias a los bancos y los correspondientes informes.
- h) Los efectos de la segunda crisis asiática
- i) La contratación de créditos externos a la banca privada.
- j) Las dificultades comerciales con Brasil
- k) La creación y el funcionamiento de la AGD en septiembre de 1998, y sus reformas de 1999 y 2000.
- l) La presencia de empresarios y banqueros corruptos desde antes de la crisis puestos en evidencia por ésta y por su participación en los créditos del salvataje del BCE, y en otras operaciones que dieron lugar los pagos de tales préstamos (Memoria de la AGD, 2006, Pág. 11), por lo que analizaremos cada uno de estos acontecimientos que dieron lugar a la crisis financiera ecuatoriana en el año 1998-1999.

En el periodo de Sixto Durán Ballén (1992-1996) comenzó a percibirse este riesgo, debido a que existieron algunos casos de quiebras de las Instituciones del Sistema Financiero Ecuatoriano, quiebras bancarias que pusieron en evidencia síntomas de una crisis bancaria que con el paso del tiempo se desencadenaría. En el año de 1994 se procura realizar una reforma estructural, en todo el sistema económico ecuatoriano para lo cual se reforma el marco legal, en consecuencia la Ley General de Bancos (1974-1994) fue derogada por la Ley General de Instituciones Financieras, por lo que se reglamentó una regulación sobre las operaciones off shore que (son aquellas que se constituyen fuera de la jurisdicción de los beneficiarios) (las agencias off shore ya

existió anteriormente, pero con la LGIF fue legalizada, por lo que la fuga de capitales y la defraudación de impuestos fue legalizada por esta agencia) y los depósitos de moneda extranjera en banca local, se dio una estandarización de las reglas operativas para las diferentes instituciones financieras, se introdujeron estándares más exigentes en cuanto a la normativa prudencial (como por ejemplo requisitos mínimos sobre de patrimonio) comparables a los internacionalmente establecidos en el Acuerdo de Basilea, mayor rigurosidad en la calificación de activos y provisiones para incobrables, límites explícitos de crédito otorgado a personas o firmas vinculadas con la administración o dueños de un banco, y una exigencia de mayor control impuesta sobre los auditores externos de los bancos.(De la Torre Augusto, 2007, Pág. 5). El objetivo principal de esta ley era lograr una adecuada supervisión, fortaleciéndola y además conseguir que el principio de prudencia bancaria sea cumplido, sin embargo no se lograron los objetivos ya que todo lo referente al control siguió regulado bajo la ley anterior, quedando la Superintendencia de Bancos con muy poca influencia en el sistema financiero. Entre los efectos negativos de esta ley tenemos que estimuló prácticas bancarias de gran riesgo, debido a que promovió la fusión y la conversión de entidades financieras en bancos, sin estudios adecuados; se permitieron créditos vinculados hasta en un 60% del patrimonio técnico (Ibidem), por lo que indudablemente era una invitación al desastre, a consecuencia de ello una serie de banqueros sin escrúpulos concentraron créditos a empresas propias, reales o fantasmas.

Esta fue una modificación trascendente para el otorgamiento prácticamente sin control de esta clase de préstamos a las empresas de propiedad de los mismos bancos o socios importantes o familiares de los directivos entre otros. El exceso de los créditos vinculados concedidos por los bancos y su falta de control, fue uno de los factores

relevantes en la emergencia de la crisis de las IFIs. Se dice que la razón del cometimiento de los actos no deriva de la ley, sino de quienes la deben cumplir, es decir que es la calidad moral, la falta de principios de quienes administraban los bancos, o de los que administran el Poder y el Control, lo que permitió la crisis. Sin embargo, la ley abrió que muchos busquen las vías de transgredirla, por ello lo mejor hubiera sido mantener las prohibiciones de la extinta Ley General de Bancos (www.revistajuridicaonline.com).

La cartera de préstamos creció en grandes magnitudes; con relación a 1992, tenemos que en 1993 los préstamos aumentaban de un 86.8 % y en 1994 a un 89.2 %, comparando con el año anterior. Los préstamos vencidos también presentan un aumento de 5.1% en 1992, tenemos que en 1993, los préstamos aumentan a un 86.8% y en 1994 a un 89.2% Los préstamos vencidos también presentan un aumento de 5.1% en 1992 a 9.2 % en 1996. (Gallardo Zabala, 2003, Pág. 51) Aumentó el número de instituciones financieras, además existió un desperdicio de recursos de las instituciones financieras, por ejemplo en la compra de edificios lujosos para sus dependencias.

En el año de 1995, la economía se ve afectada por la Guerra con el Perú que sin duda tuvo efectos directos sobre el sector financiero por el retiro masivo de los depósitos de los cuenta ahorristas, el retraso del pago de las deudas de los clientes, el recorte de los créditos ofrecidos por los bancos y el incremento de las necesidades de liquidez, por la fuga de capitales; provocando que las tasas de interés cambien constantemente, el Fondo Monetario Internacional en uno de sus informes, advierte que se deberá aumentar la supervisión y el control de las operaciones realizadas por la banca local y de sus off shore, ya que éstas últimas permitieron la fuga de capitales y la defraudación de impuestos. Cuando terminó el conflicto con el Perú, resultó afectado el

Banco Continental, por lo que el Estado se hizo cargo de esta institución, esta fue la causa indicada por su ex Directivo Leonidas Ortega, añadiendo de igual manera la crisis política, el resultado adverso de la consulta popular y hasta un incendio que se produjo en la casa matriz del banco en la ciudad de Guayaquil, sin embargo estos factores deberían haber afectado por igual a las demás instituciones del sistema financiero, con excepción del incendio, pero en ese entonces fue la única institución que tuvo problemas de liquidez. Varias opiniones revelan que el problema del Banco Continental “se inició cuando Grupo Financiero Conticorp (GFC) decidió incrementar su capital pagado de 5 millones a 400 mil millones de sucres, mediante oferta pública primaria de acciones. La operación fue decidida el 12 de diciembre 1994 por la Junta General de Accionistas de GFC, aprobada por la Superintendencia de Compañías el 19 de diciembre, y realizada en la Bolsa de Guayaquil el 28 del mismo mes y año. La totalidad de acciones fue adquirida por Conticorp S.A., la *holding* madre del grupo” (www.gestion.dinediciones.com), se pensó que esto sería parte de una estrategia de escudo fiscal por lo que inmediatamente la Bolsa de Valores de Quito, solicitó a la Superintendencia de Compañías que analice la venta de estas acciones, sin embargo el Superintendente de Compañías delegó a otro funcionario debido a que este era miembro de la familia del GFC, la investigación se debió a la sospecha que no se hizo publicación por la prensa de la venta de dichas acciones, que no existió pago en efectivo y que la empresa adquirente es parte del mismo grupo empresarial; la Comisión Legislativa de lo Económico del Congreso y otras instancias del país abocaron conocimiento del problema. Finalmente, el Director de Rentas concluyó, el 3 de marzo de 1995, que "ni Conticorp ni el Grupo Financiero Conticorp podrán beneficiarse de las deducciones tributarias aplicables a la base imponible del impuesto a la renta". Esta negativa a la exención tributaria, de la que la opinión pública estaba pendiente, fue

aceptada por parte de Conticorp S.A, que "decidió no impugnar la resolución del Director General de Rentas y allanarse a ella" (www.gestion.dinediciones.com). En marzo de 1996, los préstamos realizados por el Banco Central al Banco Continental sobrepasaron los US. \$ 400 millones de sucres (Ibidem) y por lo tanto se descubrió la piramidación de capitales. (La piramidación de capitales es un mecanismo que permite utilizar un mismo monto de recursos para incrementar el capital de una institución financiera no solo una vez, como es lo normal, sino en más ocasiones. Un ejemplo es el del banco local que invierte su capital en una subsidiaria *offshore* (en el exterior), la que, a su vez, concede un crédito a un individuo o empresa (relacionada o no) para que adquiera acciones del banco local. De esta manera artificial, el patrimonio del banco local se duplica, sin fortalecer en la práctica su solvencia. Otro mecanismo similar, pero más sofisticado, es que la subsidiaria *offshore* adquiera participaciones en algún fondo internacional cuyo objetivo sea adquirir acciones en el banco local.(Ibidem) A partir de la crisis del Banco Continental, la Superintendencia de Bancos exigió a todas las entidades financieras a consolidar los balances con las instituciones off shore.

Luego que el país se había estabilizado con relación al conflicto con Perú, comenzaron las denuncias de corrupción contra el Vicepresidente de la República de ese entonces Alberto Dahik, quién fue destituido el 12 de octubre de 1995 por el Congreso Nacional.

El sistema financiero contaba con cien instituciones, resultando excesivo para el tamaño de la economía ecuatoriana. La concentración de créditos en personas o empresas vinculadas con los bancos llegó al 60 % del patrimonio técnico de la banca en 1995. (Diario el Hoy, Siete Causas de la Crisis Bancaria, Agosto 2004)

En 1996 el sistema bancario presentó altas tasas de interés reales y nominales, por lo que, como resultado, la calidad de la cartera se vio afectada. En relación a la cartera total, el índice de préstamos vencidos llegó a 10.6% (Gallardo Zavala, 2003, Pág. 5). La Superintendencia de Bancos no realizó su función con suficientes elementos técnicos y humanos para una supervisión adecuada, pese a la asistencia técnica internacional. El sistema financiero soportó un cierto nerviosismo que se tradujo en la devaluación del sucre, al igual que la fuga de capitales; el Banco Central intentó calmar esto reduciendo la masa monetaria.

En el año de 1996 hubo las elecciones presidenciales, en la cual existió una segunda vuelta entre los candidatos eran Abdalá Bucaram y Jaime Nebot, resultando ganador Bucarám sin embargo personas relacionadas con el presidente de ese entonces, fueron vinculados con escándalos de abuso de poder y corrupción; Bucarám fue destituido el 5 de febrero de 1997, por parte del Congreso Nacional, por incapacidad mental. Fabián Alarcón, Presidente del Congreso de ese entonces, fue nombrado Presidente de la República, pero su gobierno tampoco pudo contar con mayoría parlamentaria.

En 1997, a causa del Fenómeno del Niño, la agricultura y la industria pesquera fueron las más afectadas, muchas de estas no pudieron pagar sus deudas, por lo que las carteras vencidas de las instituciones financieras crecieron.

A la intranquilidad política se sumo la crisis asiática y el Fenómeno del Niño, por lo cual la economía empeoró. La chispa iniciada en Asia contagió a Japón y se esparció por el mundo como incendio, provocando feroces ataques especulativos a las monedas de las economías emergentes, abrumando pérdidas en las bolsas del mundo, por la huída

de capitales, abultadas devaluaciones (Vela María Paz, Revista Gestión, Agosto 1999), a efecto de la crisis asiática indudablemente bajaron el precio de las exportaciones, especialmente del petróleo; mientras que en 1996 la balanza comercial tenía un nivel de 1193 millones de dólares, en 1997 eran solamente de 598 millones de dólares, un año más tarde había un saldo negativo 995 millones de dólares. Además, los inversionistas extranjeros, que tenía su dinero en Asia, también redujeron sus actividades en el Ecuador. (Plitman Ruth, Estructura de la Crisis, Abril del 2002)

En cuanto el Fenómeno del Niño, el cual causó inundaciones e interminables lluvias, destrozando la costa ecuatoriana; 286 millones de personas murieron, 162 resultaron heridas, 36 desaparecieron, 4899 casas fueron destruidas, los daños más grandes del sector productivo eran en las empresas de pesca y en el sector agrario (1020 millones de dólares) además empresas de transporte y comunicación, muchas empresas de la Costa no pudieron pagar sus deudas por las grandes pérdidas especialmente los bancos de la costa, por lo que la crisis económica comenzó a expandirse (Ibidem).

En las elecciones presidenciales de 1998, ganó el ex Alcalde de Quito Jamil Mahuad Witt, venciendo a su adversario Álvaro Noboa con pocos votos, Mahuad comenzó su periodo en el peor escenario económico del país en los últimos treinta años, comenzaron a caer banco tras banco, el sistema comenzó a salirse de control debido a la recesión económica y a la pérdida de credibilidad; ocasionando retiros masivos de los depósitos de los bancos, desatando una crisis financiera que se tradujo en el cierre del Solbanco en abril y el Banco de Préstamos en Agosto, Filanbanco en el mes de diciembre, de igual manera el Banco de Tungurahua ingresó a la AGD a finales de este año; por lo que el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), se dieron cuenta de la crisis

que podía atravesar el país, y de hecho la atravesó, recomendando la creación de una institución que garantizara los depósitos.

El 9 de noviembre de 1998, Mahuad envió el “El Proyecto de la Ley de Reforma Tributaria y Financiera” al Congreso, la cual fue aprobada el 1 de diciembre de 1998, esta creando un Seguro de Depósitos institucionalizado en la Agencia de Garantías de Depósitos, por lo que la puesta en operación respondió a una medida de Estado de suma urgencia a raíz de la crisis financiera que se desató, teniendo como finalidad principal garantizar los depósitos para evitar el pánico, y darle al Estado la posibilidad de intervenir en el sector Bancario, por lo que esta entidad enfrentó varias instituciones financieras en problemas, de las cuales sus depositantes reclamaban sus fondos, sin embargo la legislación ecuatoriana a concentrado en la AGD varias funciones, lo que ha llevado en la práctica ha convertirse en el prestamista para los bancos insolventes, en el órgano restructurador de las entidades intervenidas, asegurador de depósitos, agencia de cobranzas, administrador de bienes y agencia de remates.(Memoria de la AGD, diciembre-2006, Pág. 20). A diferencia de Estados Unidos que en el año de 1934 se creó la Corporación Federal de Seguros de Depósitos, esta entidad garantizaba un monto de 100.000 dólares y no el 100% de sus depósitos y otras captaciones (como de las agencias off shore) como sucedió en nuestro país, en Estados Unidos los bancos privados que tienen seguro de depósitos deben pagar una prima anual, que funciona con un mecanismo conocido como “*Premios basados en los riesgos*”, en el cual los bancos menos eficientes y más riesgosos pagan primas más altas. En el Ecuador no se ha constituido todavía ningún fondo de garantía del banco por el tanto el Estado es el encargado de devolver los recursos a los clientes de la entidad liquidada.

En las primeras administraciones de la AGD, el directorio era presidido por el Superintendente de Bancos, sin embargo luego de la reforma de agosto del 2000, lo sustituyó y pasó a ser presidido por el Ministro de Economía y Finanzas, quién determinó las reglas de funcionamiento interno de la AGD, analiza la situación financiera individual y de conjunto de las Instituciones del Sistema Financiero, y designa por decisión unánime al Gerente General por tres años renovable. En 1998 según la Ley de Reordenamiento en materia económica en las áreas tributarias y financieras en el Art. 21 señala que el Estado ecuatoriano garantiza el pago de la totalidad de los saldos de depósitos y otras captaciones de personas naturales y jurídicas domiciliadas en el país y en el extranjero. Y de las otras entidades integrantes del mismo grupo financiero (incluyendo las off shore de las instituciones financieras nacionales”), siempre que la institución financiera en proceso de saneamiento esté autorizada a captar depósitos del público. También se incluye los créditos concedido por entidades extranjeras no vinculadas con la institución financiera para financiar el comercio exterior, al quitar la restricción del plazo, que constaba en el proyecto inicial, el Estado será garante por tiempo indefinido... Una ganga. (Brito Vanesa, 2001, Pág. 21), las consecuencias de esta ley que el Estado siempre sea garante de los depósitos de las instituciones financieras es que los administradores de los bancos tendrán a realizar transacciones que involucren mayor riesgo, sin importar el tanto por ciento que puedan perder en las inversiones de las instituciones financieras, pudiendo entrar en riesgo y solamente irían a dirigir otras empresas, de igual manera los clientes buscarán instituciones financieras con mayores intereses sin importar la solvencia de estas, al fin y al cabo en caso de insolvencia, la AGD les devolverá su dinero, los legisladores se dieron cuenta de la barbaridad que podía resultar que el Estado garantice en su totalidad los depósitos, por lo que el 13 de marzo del 2000, en el Ley No 4, suplemento 34, se

dictó la Ley para la Transformación económica del Ecuador en la que en el Capítulo IV señala “Únicamente se garantiza el saldo de los depósitos, con los correspondientes intereses calculados hasta el día de pago, hasta un valor equivalente a cuatro veces el PIB per cápita, por persona natural o jurídica. El Directorio de la AGD, en el mes de diciembre de cada año, hará público el valor garantizado... No estarán cubiertos con la garantía los depósitos en entidades off-shore. Tampoco están cubiertos los que pertenezcan a quienes tengan créditos vinculados, o a las personas naturales o jurídicas que tengan créditos castigados o calificados con E, en las instituciones financieras a la fecha de cobro por parte del depositante, según conste del informe que deberá elaborar la Superintendencia de Bancos... ni aquellos que hubieren sido pactados con una tasa de interés mayor a la de las operaciones pasivas de los bancos privados más un punto porcentual, publicada por el Banco Central del Ecuador... Todos los depósitos reprogramados que se encuentran vigentes a la fecha de promulgación de esta ley mantendrán el derecho de garantía en los términos de la ley que regía con anterioridad a esta reforma.”

A finales de 1998 se creó el impuesto a la circulación de capitales (ICC), y se aplicó en los ejercicios fiscales de 1999-2000, este impuesto consistía en el pago del uno por ciento por cualquier tipo de transacción, este fue reemplazado por el impuesto a la renta, sin embargo a los miembros del Fondo Monetario Internacional les pareció inadecuada esta medida, el proyecto de ley fue presentado por el ejecutivo y aprobado por el Congreso por lo tanto la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria-Financiera, siendo la misma ley que institucionalizó la Agencia de Garantías y Depósitos; en el ámbito de aplicación señala “Tarifa del 1% sobre todas las operaciones en el sistema financiero nacional, incluidas las operaciones off-shore, sean

en moneda nacional, unidades de valor constante (UVC) o moneda extranjera, a ser aplicada desde el 1 de enero de 1999. Actúan como agentes de retención los bancos y entidades financieras, que deben remitir lo recaudado al Banco Central del Ecuador, y la información digitalizada al Servicio de Rentas Internas” en el año 2000 el ICC se redujo al 0.8 %, en el año 2001 se deroga el ICC. Las recaudaciones obtenidas por concepto del ICC fueron de 337 millones de dólares en 1999, muy por debajo de la cifra esperada de 600 millones, y 170 millones de dólares en el 2000 (www.repem.org.uy), por lo que como señalamos otro factor determinante en la crisis bancaria fue la creación de este impuesto debido a que existía falta de liquidez del Banco Central, pues la gente prefería usar dinero en efectivo por no pagar el impuesto a la circulación de capitales, podemos concluir que la creación de la Agencia de Garantías de Depósitos, y el Impuesto a la Circulación de Capitales fue de dudosa creación, a más de las instituciones financieras que cerraron sus puertas o pasaron a manos del estado, los clientes comenzaron a sacar sus ahorros de las instituciones financieras prefiriendo la población guardar su dinero bajo el colchón que entregarlos a la banca.

Las instituciones financieras comenzaron a caer como fichas de dominó, en el año de 1998, los siguientes bancos pasaron a manos del Estado: Solbanco, Prestamos, Filanbanco y Tungurahua. La situación no estaba de ningún modo superada en el año de 1999 doce bancos pasaron a manos de la Agencia de Garantías de Depósitos, bajo las figuras de reestructuración o saneamiento entre ellos: el Progreso la entidad más grande del Ecuador, Pacífico, Popular, las autoridades les designaron diferentes suertes a cada uno, Pacífico se mantendría abierto y se fusiona con el Continental, el Banco del Progreso se cerró, y al Popular se vendió al Pichincha, algunas de estas entidades financieras que serán analizadas con mayor precisión al final del capítulo.

Prácticamente al borde del colapso del sistema financiero, el presidente Jamil Mahuad, decidió congelar los fondos de la banca, creando un feriado bancario a partir del 8 de marzo de 1999, el cual tuvo una duración de cinco días, es decir del 8 al 11 de marzo, congelando todo tipo de cuentas para evitar el retiro masivo de depósitos; se afectaron los depósitos a la vista como los depósitos a plazo, y todas las unidades de cuenta (sucres, dólares y UVC). El total del congelamiento a marzo de 1999 fue de US\$ 3.971 millones, 60% bancos nacionales y 40 % agencias off shore (Vela Paz y Brito Vanesa, 1999, Pág. 15), a diferencia de otros países que ya habían experimentado el congelamiento restringiendo el retiro de cierto tipo de depósitos. Sin embargo a mediados de julio de este año existió una gran presión popular por lo que el presidente Mahuad tuvo que acelerar su cronograma de descongelamiento, permitiendo que se liberaran tanto las cuentas de corrientes como las de ahorro.(Ibidem) El 9 de febrero del 2000 el Tribunal Constitucional declaró que el programa de descongelamiento constituía tan solo un cumplimiento parcial de la decisión del Tribunal, ya que el congelamiento fue declarado inconstitucional, debido a que el Decreto Ejecutivo vulneró derechos constitucionales como: el derecho a la propiedad, a la libertad individual, a la libertad de contratación, al trabajo, a una calidad de vida digna; en definitiva, afectó los derechos constitucionales de quienes confiaron en el sistema financiero nacional. (www.comisionanticorrupcion.gov.ec)

El 10 de noviembre de 1999, el ejecutivo expidió dos decretos relacionados con la banca: el 1490, que permite la emisión de obligaciones para cancelar las deudas de las empresas, y el 1492, que flexibiliza las condiciones de aceptación de los certificados de depósito reprogramados (CDR) como forma de pago de deudas de los clientes con la banca...Según el Decreto 1492, las empresas y las personas naturales endeudadas con

los bancos pueden utilizar fondos congelados propios o negociar con descuento CDR de otros tenedores y así licuar sus deudas. Esto generará fuertes ganancias para el deudor, pues con las últimas medidas del BCE se desconoce la fecha de devolución de los recursos (Brito Vanesa, 1999). Este decreto debió ser acatado por las instituciones financieras de manera inmediata lo que no sucedió debido a que la aceptación acarrearía ciertos inconvenientes por lo que cabe el título del fascículo publicado en la Revista Gestión de diciembre de 1999, “ *Mejor negocio era ser banco malo*” los que si resultan afectados son los bancos privados, que para deshacerse de los CDR solamente tienen tres opciones:

1. pagar obligaciones con la CFN;
2. comprar activos de los bancos en proceso de saneamiento a puerta cerrada; o
3. esperar al vencimiento del papel y así recuperar el dinero.

Como puede verse, en ninguna de las dos primeras opciones los bancos recibirán recursos líquidos, mientras que la última opción era incierta (Ibidem). El decreto 1492 tuvo vigencia hasta el 22 de agosto del 2002, fecha en la que se suspendió la recepción de CDRs en la Corporación Financiera Nacional.

Fue una época de intranquilidad que se vivió en el Ecuador, nadie confiaba en el control de la Superintendencia de Bancos, por lo que se reclamaba una auditoría externa, la Superintendencia de Bancos trajo a consultores internacionales, la solvencia de cuatro bancos fue calificada mejor que la calificada por la Superintendencia de Bancos, en las demás instituciones financieras se encontraba inestables.

El 9 de enero del 2000 el presidente anunció un cambio fijo monetario para introducir la dolarización como medida para frenar la hiperinflación, un dólar equivalía

a 25.000 sucres, el 9 de septiembre el sucre dejó de existir, el dólar de Estados Unidos de América se convirtió en la moneda de curso legal, hecho que se intentaba aplicar en el país desde 1996, esta medida fue acatada debido a que hasta el seis de enero del 2000, el dólar sube hasta los 25.050 sucres. El sucre se devalúa un 28,5% en cuatro días, en junio se presentaron balances dolarizados de los bancos, el sucre había caído en grandes magnitudes como consecuencia de la devaluación, sin embargo en cadena televisiva en la cual el presidente anunciaba la dolarización en el país, muchos ecuatorianos no entendían el porque de la dolarización y sus consecuencias, el Banco Central se opuso ante tal cambio, o es porque realmente conocen la política monetaria que se maneja en el país o es porque defendía sus puestos porque ahora quien controlaría la emisión de la moneda sería el Gobierno de los Estados Unidos, de cualquier modo la dolarización fue aceptada por los ecuatorianos.

El 21 de enero del 2000, un grupo de indígenas se tomaron la sede del Congreso Nacional con el apoyo de grupo de militares, con el fin que Mahuad renuncie. El Coronel Lucio Gutiérrez es el líder de la sublevación, el 22 de enero de aquel año, el Dr. Gustavo Noboa firmada como Presidente de la República en el Ministerio de Defensa, debido a que la Constitución señala que el vicepresidente reemplazará al presidente en caso de dimisión, Mahuad nunca renunció, presentándose en cadena televisiva como que ha sido derrocado, este periodo de presidencia fue incontrolable, realmente nunca gobernó, y como señalamos anteriormente comenzó con un gobierno que se vía venir la caída de las instituciones financieras.

Para fines de nuestro estudio es necesario analizar lo que sucedió con algunas de las entidades financieras, que cerraron sus puertas:

3.2.1.1. Banco del Progreso

Constituido el 22 de Marzo de 1980 mediante resolución N° 81-590 de la Superintendencia de Bancos fechada el 11 de Septiembre de 1980 como un Banco Comercial Privado enfocado a operaciones de banca corporativa, de consumo, de comercio exterior, banca de inversión y servicios bancarios generales (www.agdecuador.com), coincidentalmente cerró sus puertas el día 22 de marzo de 1999, es decir dicha institución financiera mantuvo sus puertas abiertas por 19 años, con más de 700.000 depositantes. Fernando Aspiazu presidente y fundador de esta entidad escogió la estrategia de acusar a otros, sin embargo me llamó la atención una frase que señala Revista Gestión “se puede acusar al vecino que nos contagio la gripe, al compadre que nos transmitió la hepatitis, al calor porque nos dio sarpullido pero a quién se le acusa si nos dio cáncer?”, Aspiazu el día que cerró las puertas el banco, a las 7h00, en un medio de comunicación televisivo anuncia “por situaciones políticas, financieras, económicas ha llevado a su institución a una encrucijada que le obliga a cerrar las puertas” dice también que la iliquidez de su banco se debió al retiro de fondos por parte de las instituciones del sector público en los últimos meses, a los rumores que produjeron nerviosismo e incertidumbre hasta a la crisis internacional camuflando los verdaderos motivos de su quiebra entre ellos: millonarios créditos a empresas fantasmas, créditos vinculados, imprudencia en el manejo administrativo y la falta de inyección oportuna de recursos frescos por parte de Aspiazu (Revista Gestión, La Autodestrucción, 1999, Pág. 16). Existieron múltiples denuncias entre las más escuchadas eran de la ex Presidente de la República Dr. Rodrigo Borja y el ex diputado Carlos González quienes aseguraban que existían más de 100 empresas fantasmas entre los beneficiarios de los créditos entregados por dicha institución financiera, cabe

recalcar que las compañías beneficiadas de estos créditos fueron constituidas con capitales irrisorios y tiene un mismo gerente y accionista, indicaron además que estas funcionan en las mismas direcciones y con los mismos números telefónicos, Aspiazu luego de estos comentarios, señaló que era práctica bancaria con el fin de solucionar problemas, la Asociación de Bancos Privados señaló en un comunicado difundido el 31 de marzo, que esta práctica no era común si no que es una violación legal y ética.

Los informes presentados a la Superintendencia de Bancos no presentaban irregularidades respecto a los créditos vinculados el saldo de las operaciones de créditos y contingentes es de \$ 400.196 millones, siendo lo permitido 471.873 millones que representan el 60% del Patrimonio Técnico, sin embargo en esta información no consta los créditos otorgados a los deudores únicos que se consideran “créditos vinculados por presunción”, por lo que en este caso existe una entrega de créditos que supera el 60% que señalaba la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Hasta febrero de 1999, el patrimonio del Banco del Progreso ascendía a \$ 692 mil millones mientras que el pasivo de esta institución era de \$ 7.8 billones, lo que significaba que el patrimonio cubría a penas un 12.3 % de las deudas del banco, el 19 de agosto la AGD descubrió tres delitos: ocultamiento de información, peculado bancario, y falsificación de diferente índole.

El ex propietario del Progreso fue apresado el 12 de julio de 1999 en Guayaquil por miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y trasladado a Quito, cuando interponía un recurso constitucional de amparo, en el Palacio de Justicia, para evitar el cierre de la entidad bancaria. (Diario El Universo, Ex banquero Fernando Aspiazu sale en libertad, 2006). El día 13 de

julio del mismo año se dicta una orden de prisión por un retención del 1% del ICC, por lo que no se realizó transferencias por el 1% desde el 10 de febrero de 1999, hasta el 27 de mayo del mismo año, por lo que el monto de los recursos retenidos fue aproximadamente por trece millones de dólares, sin embargo el proceso que fue anulado por la Corte Suprema de Justicia, luego se inicia un proceso en contra de Aspiazu por el delito de peculado bancario (sabemos que la jurisprudencia confunde al peculado bancario con el peculado financiero). En la especie, el propio recurrente reconoce que tuvo en su poder los fondos que debía transferir a la cuenta de Petrocomercial, lo que precisamente no hizo, apropiándose ilícitamente de dichos fondos para configurar la conducta típica propia de la figura de peculado como lo tipifica el Art. 257 del Código Penal. El monto de capital retenido y no transferido por el Banco del Progreso a la cuenta de Petrocomercial, en el Banco Central, fue de 65.337'888.929 sucres. Los intereses sobre este valor ascendían a 29.703'324.277 sucres, lo que significaba un total de perjuicio al Estado, entre el 8 de febrero y 26 de agosto de 1999, de 95.041'131.206 sucres (www.comisiónanticorrupción.gov.ec), en el contrato suscrito por Petroecuador y el Banco del Progreso, se señala que este debía transferir dichos fondos en un plazo de 72 horas, lo cual no se realizó, los funcionarios de Petroecuador no actuaron de forma inmediata agravándose la situación ante la necesidad de recursos de Petrocomercial para la implementación de combustibles.

Por lo que el 25 de marzo del 2002, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia respecto al recurso de casación presentado por Fernando Aspiazu, debido a que el Tribunal Primero de lo Penal del Pichincha lo condena a nueve años de prisión correccional, además de la incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función públicos, incluyendo la administración financiera

y bancaria en el sector privado, o la pública con nombramiento o elección popular, a esta sanción se suma el pago de costas de daños, y perjuicios a Petrocomercial, sin embargo la Segunda Sala declara improcedente el recurso interpuesto.

Aspiazu estuvo detenido por siete años cinco meses, fue apresado como señalamos el 12 de julio de 1999 y el día 20 de diciembre del 2006 fue liberado, debido a que solicito las rebajas previstas en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social que se encontraba vigente en ese entonces, este consistía en el llamado “dos por 1”, por lo que en el Capítulo VI de las Rebajas, Art. 33 señalaba: “Los internos sentenciados y aquellos sin sentencia, que durante el tiempo de su condena o internamiento observaren buena conducta y demostraren interés por su rehabilitación, obtendrán reducciones automáticas de dicha condena, hasta por ciento ochenta días anuales contados desde su ingreso. Con excepción de aquellos que no hayan cumplido con las normas, disposiciones y reglamentos del sistema penitenciario, cuyas faltas se harán contar en el informe de conducta, conferido por el correspondiente Departamento de Diagnóstico y Evaluación del Centro de Rehabilitación Social, en donde se encuentren guardando prisión, de acuerdo con el Reglamento General”. sin embargo en el R. O 422, del 28 de septiembre del 2001 en su Art. 19 dice: "en el Art. 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, sustitúyase la frase " hasta por 180 días anuales", por: "hasta por 180 días por cada quinquenio". (Ver Anexo 1)

3.2.1.2. Banco de Préstamos

El Banco de Préstamos S.A. se constituyó el 19 de enero de 1909, en la ciudad de Quito, cuya escritura pública se elevó ante el escribano Fernando Avilés Flores,

inscrita en el Registro Mercantil el 29 del mismo mes y año. Aprobada mediante resolución del Poder Ejecutivo Nacional. Inicia operaciones al público el 29 de enero de 1909 (www.agdecuador.com), esta institución tuvo 89 años de vida jurídica debido a que cerró sus puertas el 24 de agosto de 1998 entro en liquidación, este banco formó parte del grupo de negocios de la familia Peñafiel, siendo el mayor accionista con un 75% Alejandro Peñafiel, las acciones restantes se encontraban en manos de 300 accionistas minoritarios; es conocido que los negocios de esta familia giraban en torno al petróleo, Alejandro Peñafiel, admitió que la entidad financiera tuvo serios problemas de liquidez a raíz de la baja del petróleo (debido que el principal mercado que exportaba era el ruso y en 1998 se desató una crisis financiera en dicho país) y por la “competencia malsana” del sistema financiero que motivó a que grandes depositantes e inversionistas hagan retiros permanentes de depósitos. Según la Superintendencia de Bancos esta corrida de depósitos fue superior a US \$ 120 millones. (Brito Vanesa, 1999, Pág. 26)

Los problemas de la institución financiera no eran nuevos, venían arrastrándose hace mucho tiempo, a consecuencia de una mala administración y una centralización de depósitos (alrededor del 40% captaciones provenían de 20 clientes), y concentración del crédito en empresas relacionadas hecho que en parte se reflejaría en el desmesurado aumento de la cuenta documentos pagados por cuenta de los clientes de hasta 90 días (de \$ 5.713 millones en dic/97 a \$ 110.443 millones en jun/98), donde se registran los contingentes (avales, fianzas...) que aparentemente el Banco de Préstamos tuvo que pagar, pues las empresas vinculadas que les dio su aval en operaciones con el exterior no pudieron atender sus obligaciones.(Ibidem)

Dicha institución financiera acudió al Banco Central por créditos de liquidez, por lo que dicha institución pública le otorgó un crédito de liquidez por 50 millones de dólares, sin embargo el viernes 21 y el lunes 24 de agosto, se habían protestado varios cheques presentados al cobro en la cámara de compensación, por lo que el Banco Central inmediatamente notifico a la Superintendencia de Bancos para que tome las acciones pertinentes, por lo tanto la Junta Bancaria decidió disponer la liquidación forzosa de la institución, prevista en el Art. 150 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, además la Junta resolvió “ a todas las personas naturales se les devolverá en el plazo de quince días (contados desde la fecha de posesión de los miembros del Directorio del Banco Central del Ecuador) hasta 2.000 UVC, calculados a la fecha de resolución de liquidación esto es 72.960.000, en cumplimiento al derecho de preferencia del pequeño ahorrista que manda la ley” (Ibidem), por lo que se desató el malestar de los depositantes de dicha institución.

Peñañiel enfrenta 18 causas, entre ellas por peculado, estafa, defraudación y falsificación, sin embargo en dos causas existió condena, las demás se encuentran archivadas o han prescrito, el ex banquero solicitó recurso de protección a la Corte Europea de Derechos Humanos, sin embargo la Comisión Cívica de Anticorrupción solicitó al presidente la Corte que no acepte dicho recurso debido a que Peñañiel estaba siendo procesado por apropiación indebida de fondos, por lo que no se trataba de un delito político en el que cabe el asilo sino un delito común, por lo que en marzo del 2001, el Tribunal de la Corte de Derechos Humanos en Europa decidió no conceder protección a Peñañiel, por lo que la Interpol entregó al ex banquero a autoridades ecuatorianas, en el Aeropuerto de Barajas-España, por lo tanto fue extraditado y llevado al Penal García Moreno en la ciudad de Quito, ingresó a este Centro de Rehabilitación

el 9 de marzo del 2001, sin embargo se dicta sentencia absolutoria por parte de la Quinta Sala de lo Penal, existía más procesos en contra del ex banquero en los cuales se habían concedido prisión preventiva, por lo que no fue puesto en libertad inmediatamente.

Fue sentenciado por peculado en abril del 2002, por ocho años de reclusión mayor, el 5 de julio del 2004 con base a la Ley de Reducción de Penas fue puesto en libertad, el Tribunal Cuarto de lo Penal del Pichincha dicta sentencia absolutoria por peculado, se interpuso el recurso de casación y la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, coincidentalmente el día y hora en que fue puesto en libertad, fue sentenciado señalando “se declara al Economista José Alejandro Peñafiel Salgado autor de los delitos concurrentes previstos en el Art. 257 y el Art. 336 (falsificación), por haber abusado de los fondos del banco de préstamos S.A., y haber dado a conocer o haber autorizado informes falsos o incompletos sobre la situación financiera del banco, - provocando por el cometimiento de estas infracciones concurrentes- gran alarma social, circunstancia agravante prevista en el Art. 30 del Código Penal que impide rebajar la pena pese a que se haya demostrado la existencia de atenuantes; por lo que se impone al Economista José Alejandro Peñafiel Salgado la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria señalada para el peculado en el Art. 257 del Código Penal... ordenándose que se descuenta de la condena el tiempo que el procesado haya permanecido privado de la libertad...le es aplicable la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena y queda incapacitado a perpetuidad para desempeñar cargo alguno en las instituciones del sistema financiero, debiendo el juez de primera instancia comunicar del fallo al Superintendente de Bancos...”, por lo que en la actualidad Peñafiel se encuentra prófugo. (Ver Anexo 2)

3.2.1.3. Filanbanco

Otra de las entidades afectadas fue el Filanbanco, cerró sus puertas el 2 de diciembre del 1998, fue la primera institución en ingresar a la Agencia de Garantías y Depósitos, es decir en menos de 24 horas de creada la AGD, los mayores accionistas de esta institución financiera fue los hermanos Roberto y William Isaías, quienes se encuentra prófugos de la justicia. El Filanbanco, es uno de los ejemplos de corrupción de los banqueros. Sus accionistas (Familia Isaías), según los reportes de la Superintendencia de Bancos, antes de entregar al banco quebrado a la AGD, habrían reestructurado créditos de 36 empresas pertenecientes a dicha familia, con plazos especiales, de 2 a 7 años, intereses subvencionados y denominados en sucres, en un momento de acelerada devaluación de la moneda. Se registró el caso de 9 empresas, que recibieron créditos sin intereses y a 7 años plazo..."Filanbanco dio a la firma Hartigui, el 18 de noviembre de 1998 (12 días antes de pasar a la AGD), 2.164 millones de sucres a 8 años, pagadero semestralmente, con cero de interés" (<http://www.fundacionavanzar.org>).

En Octubre de 1999, la AGD, decide fusionar el Filanbanco con la Previsora. En un informe técnico de la Superintendencia de Bancos recomienda que la decisión de menor costo para el Estado, es la fusión; realizada el 5 de julio del 2000. Durante este año no se tomó ningún tipo de decisión para evitar el deterioro del Filanbanco, a pesar que la Superintendencia de Bancos emitió varios informes advirtiendo de la crisis que se venía. En mayo del 2001, por la deficiencia patrimonial que el banco sufría, el gobierno autorizó la emisión de US\$. 300 millones para capitalizar el Filanbanco, con el objetivo de evitar que se de la liquidación y además para frenar el retiro de depósitos, dotándole de liquidez, por lo que el Ministerio de Economía se convirtió en el único accionista del

Banco. Entre noviembre del 2000 y enero del 2001, los índices de eficiencia administrativa empeoraron debido a que los incrementos de gastos de personal fueron mayores a los incrementos en los activos totales y en los activos productivos. El 19 de junio del 2001, se anuncia al país el cierre del Filanbanco. En la actualidad el caso Filanbanco se encuentra en la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia el proceso se encontraba en manos de los señores conjueces permanentes doctores Eduardo Alfredo Tapia Egüez (renunció), Máximo Ortega Ordoñez (se excusó) y Jorge Aníbal Palleres, este proceso comenzó por la Dra. Mariana Yépez, quién tenía el cargo de Ministra Fiscal General del Estado, quién acusó de peculado a los hermanos Isaías, sin embargo el 20 de noviembre del 2002, se desestimó el peculado y se redujo a Falsificación de documentos; el Dr. Armando Bermeo, quién era Presidente de la Corte Superior de Quito, no acogió este pedido y convocó a etapa plenaria en el 2003, los acusados apelaron y en esta etapa se encuentra el proceso. Entre las extradiciones pendientes se encuentran la de los hermanos Isaías, este caso fue iniciado hace seis años, y ha pasado por manos de 17 jueces.

3.1.2.4. Banco Tungurahua

El Banco Tungurahua inició sus operaciones el 1 de Octubre de 1.979 en la ciudad de Ambato, mediante resolución de la Superintendencia de Bancos No. 79-249 del 21 de Mayo del mismo año. En el mes de Diciembre de 1.989 asume el control del Banco el grupo Ceti, quienes lo traspasan el 17 de Mayo de 1.993 al Grupo FINIBER (www.agdecuador.com), los dos mayores accionistas son: Finverholding con un 68.49% y Ernesto Hidalgo Vera con 17.07%, en este caso se repite la historia de los créditos vinculados, el 29 de diciembre del 1998, la AGD inicia el proceso de saneamiento.

Podemos concluir que en proceso de saneamiento, es decir en manos de la Agencia de Garantías de Depósitos se encuentra diez instituciones: Azuay Tungurahua, Finagro, Bancomex, De Crédito, Solbanco, Unión, Popular, Préstamos y Progreso, según datos de la Revista Gestión en ocho años de análisis, han existido de 16 quiebras bancarias.

3.3 Estado de Causas Bancarias: Diario “El Universo”, del día 20 de abril del 2008, publicó el estado de causas bancarias, anuncio divulgado por la Corte Suprema de Justicia, de los cuales señalaremos los más controversiales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

AL PAÍS

RECUPERACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD

“Rechazamos los infundados agravios y ataques a la Corte Suprema de Justicia y a sus integrantes, Reiteramos que nuestra mejor carta de presentación, es el trabajo realizado hasta la presente fecha, así como la recuperación de la institucionalidad judicial en el País, después de que por cerca de un año, el Ecuador sufrió los efectos del caos institucional.

INFORME DE CAUSAS BANCARIAS RESUELTAS POR LA PRESIDENCIA

DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- 1.- Causa No 33-2005, Delito: Peculado, Falsedad de Balances, Fecha: 24 de febrero de 2006
- 2.-Causa No 76-2005, Delito: Peculado. Fecha: 13 de abril de 2007
- 3.- Causa No 04-2006, Delito: Peculado. Fecha: 8 de marzo de 2006

**INFORME DE JUICIOS BANCARIOS RESULTOS POR LAS SALAS DE LO
PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

PRIMERA SALA DE LO PENAL

- 4.- Juicio No. 164-02-RMV (Banco de Préstamos), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 5 de julio del 2004 (Resolución No 314-04);
- 5.- Juicio No. 411-05-VS (Banco de Progreso), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 29 de agosto del 2006 (Resolución No 511-06);
- 6.- Juicio No. 580-05 OR (Banco de Pacífico), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 21 de junio del 2007 (Resolución No 321-07);

SEGUNDA SALA DE LO PENAL

- 7.- Juicio No. 186-2005- AE (Banco de Progreso), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 16 de marzo del 2006;
- 8.- Juicio No. 552-06-LN(Directorio del Banco Popular), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 16 de abril del 2008

TERCERA SALA DE LO PENAL

9.- Juicio No. 86-2006- AE (Banco del Austro), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 20 de marzo del 2007;

10.- Juicio No. 160-2007 (Ecuacambio), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 30 de marzo del 2008.

11.- Juicio No. 227-2007 (Bancomex), Delito: Peculado, Fecha de Resolución: 18 de diciembre del 2007

TOTAL DE JUICIOS RESUELTOS 11.

INFORME DE JUICIOS BANCARIOS A RESOLVERSE POR LAS SALAS DE LO PENAL DE LAS CORTES SUPREMAS DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO PENAL

1.- Juicio No. 391-05 OR (Caso Filanbanco), Delito: Peculado, Estado Actual de la Causa: Señalado día y hora para realizar audiencia de estrados para el 25 de abril y 9 de mayo, proceso en manos de los señores conjuces permanentes doctores Eduardo Alfredo Tapia Egüez (renunció), Máximo Ortega Ordoñez (se excusó) y Jorge Aníbal Palleres;

2.- Juicio No. 534-07 OR (Caso Fusión Previsora-Filanbanco), Delito: Peculado, Estado Actual de la Causa: en trámite recurso de apelación.

SEGUNDA SALA DE LO PENAL

3.- Juicio No. 398-05-KA (Caso Sol banco), Delito: Peculado, Estado Actual de la Causa: en estudio para resolución.

TERCERA SALA DE LO PENAL

4.- Juicio No. 35-2008 (Banco del Popular), Delito: Peculado, Estado Actual de la Causa: Enviado al Ministro Fiscal el día 27 de febrero del 2008, para que emita dictamen.

TOTAL DE JUICIOS POR RESOLVERSE EN LAS SALAS PENALES: 4

En los casos que hemos analizado, Tungurahua, Préstamos, Popular, Filanbanco, a más de los factores que han dado lugar a que el sistema financiero ecuatoriano se haya debilitado, otro factor de gran importancia son los créditos vinculados que han sido concedidas por dichas instituciones financieras a empresas fantasmas o empresas vinculadas, de igual manera nos podemos dar cuenta por el artículo publicado por el universo que en la mayoría de instituciones del sistema financiero han influenciado la mala maña de los delincuentes de cuello blanco.

En la actualidad existe la propuesta presentada por Jaime Ruíz, Asambleísta por Acuerdo País, en el cual se pretende dar fin con la impunidad que se ha producido por el salvataje bancario ocurrido en el año 1998-1999, relacionado con la propuesta

presentada por el Dr. César Rodríguez que tiene como finalidad el resorteo de las causas, con el fin de poner fin a la impunidad que existe alrededor del tema, además señalan que es necesario que solo los jueces titulares conozcan dichos procesos.

CAPITULO CUARTO

CASO BANCO POPULAR DEL ECUADOR

4.1 Exposición de los Hechos.

El Banco Popular del Ecuador S.A. se constituyó por escritura pública otorgada el 15 de Octubre de 1953... La Superintendencia de Bancos aprobó la creación de la Institución mediante Resolución No. 155 de 26 de Noviembre de 1953 e inscrita el 28 de Noviembre del mismo año en el Registro de Comercio del Cantón Quito con el número 376. (www.agdecuador.com)

Esta institución financiera se señala como la cuarta más importante del país, al momento en que el Ecuador atravesaba una de las mayores crisis; poseía aproximadamente 40 mil clientes, el principal accionista antes de entrar en la etapa de saneamiento era la Compañía Ceval Inc., el mayor accionista de dicha Compañía era Landes Guerrero.

Mediante Resolución No. AGD-99-035 del 26 de septiembre de 1999, el Directorio de la Agencia de Garantía de Depósitos, sometió al Banco Popular del Ecuador S.A. al Procedimiento de Saneamiento Previsto en el artículo 24 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario – Financiera, sin

interrupción de la atención al público... sin embargo el 10 de abril del 2.000, el Directorio de la AGD, mediante Resolución No. AGD-00-016 dispuso que el Banco Popular del Ecuador S.A. suspenda su atención al público a partir del martes 11 de abril del 2.000. (Ibidem)

Como señalamos anteriormente Iván Nicholls Landes Guerrero, fue accionista principal de Ceval Inc. y a su vez presidente ejecutivo del Banco Popular del Ecuador, quién salió del país el 18 de septiembre del 2001, con rumbo a Miami, Panamá y Costa Rica sin embargo Landes “nunca pensó que el Banco Popular cerraría sus puertas ni que se plantearía en su contra ocho juicios penales”; cuando deseaba viajar a Costa Rica, este fue detenido por portar documentos falsos (pasaporte de un costarricense que falleció hace tres años), permaneció detenido 18 meses hasta que su extradición fue aprobada por autoridades costarricenses, el 17 de diciembre del 2006 llega al Ecuador, y es detenido inmediatamente.

El drama de Landes Guerrero, se produjo como una consecuencia de una cadena de acontecimientos que empezaron en Colombia, que luego se complicarían con la crisis financiera ecuatoriana de 1999. El Banco Andino –subsidiario del Banco Popular Ecuatoriano-, cerró sus puertas en Colombia el 20 de mayo de 1999, quien fue el presunto responsable de este cierre fue Landes, acusado por un presunto fraude, debido a que el Banco Andino había transferido de manera ilegal recursos al Ecuador, el 9 de septiembre de 1999, el Gobierno Colombiano presentó ante la Corte Federal de Miami una demanda civil en contra de Landes por el mismo motivo, la jueza federal de Miami Patricia Seitz ordenó el cierre inmediato de la Agencia Miami del Banco Popular y el congelamiento de todos los fondos del banco en sus corresponsales de EE.UU, la

decisión de la jueza provocó una corrida de más de \$100 millones de depósitos en el Ecuador, dado el ambiente de intranquilidad que existía en nuestro país, sin embargo ganó el juicio planteado por el gobierno colombiano, y además se desechó la demanda presentada en Miami.

Landes fue destituido el 10 de septiembre de 1999, por el superintendente de ese entonces, Jorge Guzmán, luego de su destitución una tras otra se presentaron las denuncias formuladas en su contra, tenía juicios en Miami, Colombia y Ecuador.

En el Ecuador, la crisis del Banco Popular, generó cuatro juicios penales conocidos como el BPI Visión, Windcolor, Fondo Visión y West Merchant Bank, sin embargo en el último de los casos citados, Landes es sentenciado por ocho años de reclusión mayor ordinaria por ser autor del delito de peculado, sentencia que dictó el Tercer Tribunal de lo Penal del Pichincha, el mes de diciembre del 2007 por lo que se le descontará el año que lleva preso sin sentencia. (Ver Anexo 3).

4.2. Comentario de las piezas procesales y actuaciones trascendentes de caso

La causa penal analizada es la No. 1176-00, que por delito de peculado bancario se sigue en contra de Landes Guerrero Iván, por lo que procederemos analizar las piezas procesales y actuaciones trascendentales del caso:

El Tribunal Tercero de lo Penal del Pichincha, dicta sentencia condenatoria en contra de Iván Landes Guerrero, *-...ecuatoriano, de 57 años de edad, de instrucción superior, de profesión economista, con cédula de ciudadanía 170802693-5, domiciliado antes de su detención en el Sector de Guapulo, en esta ciudad de Quito, y actualmente*

*recluido en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito No. 1, como **autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal** vigente a la fecha del cometimiento de la infracción; y por cuanto el delito cometido causó gran alarma social, circunstancia agravante contemplada en el primer inciso del Art. 30 del Código Penal, por lo que no se considera atenuantes de la conducta presentada por el Abogado de la Defensa del acusado, para la modificación de la pena a su favor, en tal virtud se le impone la pena de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA...***

El Juez Quinto de lo Penal del Pichincha, dictó auto de cabeza proceso en contra de Landes Guerrero, sin orden de prisión preventiva, sobre la base de la excitativa fiscal presentada por la Ministra Fiscal del Pichincha, en ese entonces la Dra. Yolanda Paredes Flores, quién recibió el oficio No. IG-INBBGF-2000-082, de fecha 07 de enero del 2000, suscrito por el Intendente General de la Superintendencia de Bancos, en el cual adjunta el memorando No. INJ-INBGF-2000-001, de fecha 05 de enero del mismo año, suscrito por Pedro Delgado, en su calidad de Intendente Nacional Jurídico Encargado de la Superintendencia de Bancos, que hace *referencia a las operaciones realizadas entre el West Merchant Bank, Oxidene Inc. y Ceval Inc*, operaciones que hacen presumir la violación de normas legales por lo que es obligación de la Superintendencia de Bancos, llevarla al conocimiento del Ministerio Público, de lo que se desprende del informe presentado por el Econ. Pedro Delgado, en base a la documentación relacionada con la operación de financiamiento otorgada por el West Merchant Bank a CEVAL Inc. y en la que participaron varias compañías pertenecientes o relacionadas al Grupo Financiero Popular como son: Oxidene Group Inc., GFP Income Fund, Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional Limited y The

Jersey Private Bank Trust., por lo que podemos señalar que WMB financió a CEVAL, que era la Holding del Grupo Financiero Popular, garantizando las obligaciones asumidas por CEVAL, US \$59.9 millones, los cuales no se registraron en el Banco Popular del Ecuador en el balance como cuenta contingente, lo que dio lugar al ocultamiento de la verdadera situación patrimonial, datos que la Superintendencia de Bancos y el público en general debían conocer, no se contó con autorizaciones expresas de los accionistas para que el administrador del GFP entregue en garantía títulos valores al WMB, decisión que de igual era necesario contar con la autorización del Directorio del Banco Popular en el Ecuador.

En la indagación previa se realizan las siguientes diligencias: recepción de la versión de Landes Guerrero, Econ. Pedro Delgado, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, Dr. Alberto Chiriboga, Intendente Nacional Jurídico Encargado, Ing. Gustavo Muñoz González como Intendente General, además se dispone un examen contable y otras diligencias.

En la sentencia se señala como actuaciones procesales relevantes relacionadas exclusivamente con el ilícito cometido por Landes:

- a) La Fiscalía insiste el pedido de prisión preventiva, por lo que el 24 de febrero del 2000 se ordena la prisión preventiva del sindicado.
- b) Se presentan acusaciones particulares.
- c) Se emite providencia dictada por el Juez Quinto de lo Penal, en la cual se envía a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, los antecedentes que sirvieron de base

para ordenar la prisión preventiva, con el fin que se de cumplimiento al respectivo trámite de extradición. .

- d) Se emite dictamen acusatorio en contra de Landes Guerrero como autor de los delitos previstos y sancionados en el Art. 128 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y Art. 257 del Código Penal, dictamen emitido por el Fiscal de la Unidad Especial de Investigaciones Financieras del Ministerio Público.
- e) Se emite el **auto de apertura del plenario** en contra de Landes Guerrero, quién interpone recurso de apelación al auto de llamamiento a plenario.
- f) La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia dicta **auto interlocutorio**, en el cual confirma el auto de llamamiento a plenario, disponiendo que el encausado nombre su defensor en dos días, examen psiquiátrico de su personalidad y el embargo de sus bienes.
- g) Por sorteo conoce el Tercer Tribunal de lo Penal del Pichincha esta causa.
- h) Se adjunta la sentencia de extradición. “... *El Gobierno del Ecuador por medio de su embajada acreditada en nuestro país formuló al Estado Costarricense solicitud de extradición en contra del ciudadano panameño IVAN NICHOLLS LANDES GUERRERO, por procesos penales existentes en su contra en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal del Pichincha... se señalan los -Requisitos de la Solicitud de Extradición por parte del Gobierno del Ecuador-... documentos comprobatorios de un mandamiento o auto de detención o prisión judicial, o en su caso de la sentencia condenatoria firme pronunciada; copia autentica de las actuaciones del proceso, que suministren pruebas o al menos indicios razonables de la culpabilidad de la persona de que se trate; los datos de identificación del indiciado o reo, y copias autenticas de las disposiciones legales sobre la calificación del hecho, participación atribuida al infractor, precisión de la pena aplicable y sobre la prescripción*” por lo

que en la sentencia se señala que se han cumplido todos los requisitos necesarios para que se proceda con la extradición, tales como: documentos de identificación emanados del Departamento de Identificación y Cedulación de la Dirección General de Registro Civil del Ecuador, se aportó el auto de prisión preventiva dictado por el Juez Décimo Cuarto de lo Penal; se procede a la extradición, el Capitán de Policía Cevallos Chávez, Jefe de la Oficina Central Nacional –INTERPOL-, mediante oficio No. 3165/OCNI/06, remite el parte de detención de fecha 16 de diciembre del 2006, e indica que ingresa al Centro de Detención del Pichincha.

- i) El Tribunal mediante providencia dictada el 19 de diciembre del 2006, gira la respectiva boleta de encarcelamiento.
- j) El Tribunal señala el día 6 de junio del 2007, a las 08h50, a fin de que tenga lugar la **Audiencia de Juzgamiento**, sin embargo se emite una providencia en la cual el Secretario del Tercer Tribunal de lo Penal del Pichincha, señala que en dicha fecha no pudo llevarse a cabo por cuanto no compareció a la misma el Señor Embajador o Representante de la Embajada de Costa Rica, luego de un conflicto de competencia entre los Tribunales Penales de Pichincha, se fijó como nueva fecha para la audiencia de juzgamiento, el día 16 de noviembre del 2007, fecha en la cual tampoco se pudo llevar a cabo dicha diligencia, debido a que no compareció el representante del Ministerio Público, sin embargo el 22 de noviembre del mismo año se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento sin la presencia del Embajador de Costa Rica pese a estar notificado, a fin de dar estricto cumplimiento al proceso de extradición.

Por lo que una vez llevada a cabo la audiencia pública de juzgamiento oral del acusado, se evacuan las siguientes pruebas que las partes procesales han considerado convenientes:

- Sobre la materialidad o existencia de la infracción y la culpabilidad del procesado, de autos se establece las siguientes pruebas:

- Consta el memorando No. INJ-INBGF-2000-001, - relativo a la operación entre WMB y Oxidene y Ceval Inc., en el cual en su capítulo de conclusiones determina: *-con esta operación se entregaron en garantía activos tanto del Banco Popular del Ecuador y de sus entidades subsidiarias del grupo financiero: Banco Popular Internacional y The Jersey Private Bank Trust, en beneficio de un accionista mayoritario, Ceval Inc, en perjuicio de los accionistas minoritarios y comprometiendo recursos de los depositantes.*
- *Se presume que se han configurado las infracciones a los literales del a) al d) del Artículo 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, por cuanto se emitió una certificación contraria a la realidad al señalar que no existe gravamen alguno sobre la parte proporcional de los activos del GFP Income Fund que corresponde al BPE y al BPI, pese haberse constituido sobre ellos una garantía a favor del WMB por una operación de financiamiento otorgada a Ceval Inc... Adicionalmente no se registró en el Banco del Popular del Ecuador, el contingente de 27.5 millones originado en el Contrato de Put Option Agreement suscrito con el*

WMB, dando lugar al ocultamiento de su verdadera situación patrimonial, datos que la Superintendencia de Bancos, y el público en general tenían el derecho a ser informados.

- *No se contó con las autorizaciones expresas de los accionistas para que el administrador del GFP entregue en garantía títulos valores al WMB. Esta operación también debió contar con la autorización expresa del Directorio del Banco Popular Ecuatoriano...*
- Se adjunta la nómina de los Directivos de Instituciones Financieras, relativa a los meses de diciembre 1995-1996-1998, y de enero a junio 1999, en la que consta Landes Guerrero como Presidente Ejecutivo.
- Se adjunta certificación del Secretario del Banco Popular, en la cual consta que al 30 de junio del 1998, el Banco Popular tenía como holding a la Compañía Ceval Inc, de igual manera otra certificación, en la cual se indica que el 26 de septiembre de 1999, el Directorio de la AGD, resolvió someter al Banco Popular del Ecuador al procedimiento de saneamiento, sin interrumpir la atención al público, y el 10 de abril del 2000, la AGD dispuso que se suspenda dicha atención a partir del 11 de abril del 2000, por lo que el banco no ha sido sometido a procedimiento de liquidación forzosa previsto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.
- Consta el memorando No CAP -014, de 29 de noviembre de 1999, dirigido por Patricia García, como miembro de la Comisión de Auditoría del Banco Popular a la Economista María Rosa Herrera como Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros (e).... en el cual en su capítulo de conclusiones determina *“Con esta operación se entregaron en garantía*

activos tanto del Banco del Popular del Ecuador y sus entidades subsidiarias del Grupo Financiero como son: Banco Popular Internacional y The Jersey Private Bank Trust, en beneficio de un accionista mayoritario, Ceval Inc, en perjuicio de los accionistas minoritarios , y comprometiendo recursos de los depositantes...”

- *Consta una certificación proporcionada por Pablo Cevallos como Secretario General del Banco Popular en la que se indica lo siguiente: “... en sesión ordinaria celebrada el 17 de junio de 1998, el Directorio del Banco Popular con la presencia de los vocales Dr. Francisco Rosales Ramos, Dr. Ernesto Rivadeneira García, Ing. Salomón Gutt, Sr. Rubén Ordoñez Villacreses e Ing Jean Daniel Benoit conoció y resolvió dentro de los puntos varios lo siguiente: c) Financiamiento del West Merchant Bank. El Señor Presidente Ejecutivo somete a consideración del directorio los términos y condiciones de financiamiento que otorgará WMB a Ceval Inc que se contiene en la oferta anexa fechada Julio 9 de 1999, dicho financiamiento permitirá a CEVAL Inc. pagar al Banco Popular el precio de compra de las acciones del Banco Andino y del Banco FIVENEZ, además que se señala que en el balance de dicha institución financiera se tiene un contingente a favor del WMB por US. 27.5 millones de dólares, que coincidencia o no se asemeja al monto que el Banco Popular Ecuatoriano descargó de sus pasivos el 2 de julio de 1998, se expresa que la Superintendencia de Bancos observa que el contrato denominado Put Option no fue registrado en los libros de Banco Popular del Ecuador como un contingente, contraviniendo de esta manera instrucciones del Catálogo Único de Cuentas y de la Ley General del Sistema Financiero. (la Superintendencia conocía el hecho del que el WMB*

le estaba proporcionando un crédito al Ceval Inc para que este compre las acciones del Banco Andino y del Finevez, sin embargo nunca fueron comunicados ni se supieron los detalles de la operación, de manera especial, la garantía entregada al WMB y de los títulos de portafolio GFP Income Fund que era también propiedad del BPE, VIP JPBT y el hecho que existía el contrato Put Option, el cual no fue contabilizado cuando este se suscribió. Se establece que Ceval es de propiedad del sindicato y en la certificación se señala que Iván Landes tenía el control de al menos el 43.17 % de la Compañía Ceval, se señala que es el paquete mayoritario comparado al resto de accionistas.

- Se adjunta el Oficio SG -99435, de 15 de septiembre de 1999, suscrito por Álvaro Bayas,, en el que entre otras cosas indica que Nicolás Landes Guerrero como Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador, ha presentado su renuncia el 12 de septiembre de 1999.
- Consta una declaración juramentada rendida por René Encalada Garrido, de fecha 29 de diciembre de 1999, ante el Dr. Jorge Machado Cevallos, en su calidad de Notario Primero del Cantón Quito, en la que señala: *“No procedí a registrar contablemente, a pesar de desempeñar las funciones de Contador General y por consiguiente suscribir los balances del Banco Popular del Ecuador S. A., una operación Put Option Agreement celebrada entre el West Merchant Bank Limited y el Banco Popular del Ecuador S. A., el treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho con vencimiento al veintinueve de junio del dos mil uno, por la suma de veinte y siete millones quinientos mil dólares de*

Estados Unidos de América (US \$ 27'500.000), en virtud de su desconocimiento y de la celebración a la operación anteriormente descrita”

- Se adjunta el informe presentado por José Andrade G y Diego Zapater T (auditores) en relación a la revisión realizada al Grupo Financiero Banco Popular en saneamiento en la cual se destaca dentro del Capítulo de **“HECHOS RELEVANTES PUESTOS EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL”** *“...Ceval Inc. Holding del Grupo Financiero Popular, obtuvo un financiamiento del West Merchant Bank WMB para adquirir la participación del Banco Popular del Ecuador en el capital del Banco Andino de Colombia y FINEVEZ entregando en garantía acciones de entidades y adicionalmente títulos valores de portafolio de un fondo de inversión llamado GFP Income Fund, en el cual participan Ceval Inc, el Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional y el Jersey Private Bank Trust, subsidiarias integrantes del Grupo Financiero Popular. Adicionalmente el Banco del Popular mediante la firma de un convenio denominado Put Option Agreement, suscrito por Alvaro Bayas Cevallos con el WMB asumió el contingente de un pagaré por US. \$ 27.5 millones emitido por la Compañía Oxidene Group Inc. representada por Michel Hollihan, contingente que no fue contabilizado por el BPE, generando una subestimación en el patrimonio técnico requerido y ocultamiento de información que llevó a la presentación de balances falsos...”*
- Se adjunta oficio suscrito por Gloria Sabando García, en el cual se informa: **A.I.** *“Que el saldo de la cuenta de ejecución del Banco Popular en saneamiento (cuentas por cobrar) al 31 de marzo de 2007, asciende a US. \$ 410.805.484.28;*

A.2. Que el saldo de la cuenta de ejecución del Banco Popular en Saneamiento (cuentas por cobrar) al 30 de abril del 2007, asciende a US \$413.179.993.17; b) Que el total que el Banco Popular tiene por pagar a la AGD es de US \$ 408'462.297,75; c) que el Patrimonio negativo del Banco Popular al 30 de abril de 2007 es de 458'459.402.25... ”

En el transcurso de la audiencia de juzgamiento, el Ministerio Público y la acusación particular presentar como prueba los testimonios propios de:

- ***José Ricardo Aguirre Silva:** quién a las preguntas de la acusación particular respondió, que es Gerente General de la Erice Waterhouse Coopers del Ecuador. (Compañía Consultara de Auditoria), que su único informe que su representada presentó con relación al Banco Popular del Ecuador S. A., fue el relacionado con los estados financieros por el año terminado al 31 de diciembre de 1998, documentos que le han sido requeridos y que el día 16 de noviembre de 2007 fueron presentados a este Tribunal..., a la pregunta *¿Diga si es verdad que las normas contables vigentes en el Ecuador y específicamente en el Art. 47 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero obligan a las instituciones bancarias a que se establezcan en los balances los activos y contingentes de las instituciones financieras? Respuesta: Las normas de la Superintendencia de Bancos prevén el registro del rubro o grupo de cuenta denominado cuentas contingentes algunos conceptos como avales y fianzas, cartas de crédito garantías, etc., y las instituciones controladas por dicha**

superintendencia deben registrar de acuerdo con dicho catálogo las operaciones que se encasillan en los conceptos de cuentas contingentes. Las normas de la Superintendencia indican que los balances de los bancos deben incluir los activos, pasivos y patrimonio, y adicionalmente informar sobre las cuentas contingentes. Las normas de la Superintendencia indican que los balances de los bancos deben incluir activos, pasivos, y patrimonio y adicionalmente informar sobre las cuentas contingentes y cuentas de orden...

A las preguntas del Abogado Defensor Dr. Santiago Cuesta respondió. ¿Diga el testigo si en el Catálogo de Cuentas de la Superintendencia de Bancos del Ecuador de 1998 existía como obligatorio que un contrato de Put Option sea considerado como un contingente? R.- No recuerda si específicamente la norma de la Superintendencia de Bancos de esta época decía específicamente este hecho.

- ***Ing. Gloria María de los Ángeles Sabando García**, quién a las preguntas de la acusación particular manifestó, que actualmente desempeña las funciones de Gerente General de la Agencia de Garantías y Depósitos. ¿Indique la testigo en balance del BPE, cortado al 30 de septiembre del 2007 a cuanto asciende la deuda del BCE, con la AGD? R.- Al 30 de septiembre del 2007, por pagar al pasivo de la AGD, \$422.296.882, indica que ha remitido cada uno de los documentos con la firma y rúbrica de los responsables en la comunicación del 14 de septiembre de 2007... a las preguntas del abogado defensor responde: ...Conoce usted de alguna denuncia o demanda penal que hubiera*

iniciado la AGD, en contra de funcionario alguno del BP? R.- He revisado en las administraciones pertinentes pero no he encontrado ningún juicio...

- ***Pedro Miguel Delgado Campaña:*** ... a las preguntas de la acusación particular responde. *¿Indique el testigo desde que fecha desempeño el cargo de Intendente Nacional de Bancos en la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador? R.- Desempeñó el cargo de Intendente mediante resolución 994324 ADM de 1999, adjunta documento certificado, que fue a la Superintendencia de Bancos en comisión de servicios de la Corporación Financiera Nacional, de 8 de diciembre de 1999..., el 19 de abril del 2000 renuncia a la Corporación Financiera Nacional y pasa a ser funcionario de la Superintendencia de Bancos, manteniendo la misma función que le había sido encomendada el 9 de diciembre de 1999... P.- Indique el testigo al Tribunal, cuales fueron las conclusiones que usted en su condición de Intendente Nacional de Bancos expuso en el memorando entregado al señor superintendente de bancos? R.- Las conclusiones a las que se llevó en ese documento fueron detalladas y explicadas en su declaración original en todo caso hacen referencia a una transacción financiera que no fue debidamente registrada en el Banco Popular del Ecuador y que en el momento que fue ejecutada por instrucciones de WMB, por incumplimiento de las obligaciones contraídas por Ceval que afectó a los activos del BPE. La operación se originó por títulos emitidos por Oxidene por 27.5 millones de dólares, el contrato que se hacía referencia se de PUT OPTION*

AGREMENT, esa operación que era una operación de Ceval, comprometió en garantía activos de BPE y otras instituciones del grupo, compromiso que no fue reflejado en la contabilidad del banco y mediante carta de julio 30 de 1999, el Señor Landes en calidad de Presidente Ejecutivo del Banco indica que no existía ningún gravamen sobre estos activos; el WMB ejecutó la garantía y según informe de DELOITTE & TOUCHE se genera una pérdida en el Banco de 12.5 millones de dólares por incumplimiento de las obligaciones de CEVAL...

P.- Diga el testigo si en el Catálogo de Cuentas de la Superintendencia de Bancos , del cual debía estar en pleno conocimiento, existía en algún acápite la obligación de contabilizar como contingente la operación denominada PUT OPTION contratada con el WMB? R.- En las cuentas contingentes de acuerdo al catálogo de cuentas se debía registrar la operación de Put Opcion, se debía registrar y era obligación de la administración del banco, el compromiso contingente adquirido por ese contrato, la administración del banco era la responsable de hacer ese registro...

- ***Economista Rosa María Herrera Delgado, Intendenta Nacional de Supervisión de las Instituciones Financieras en la Superintendencia de Bancos; a las preguntas realizadas por el Señor Agente Fiscal respondió. P.- Informe si en la calidad de funcionaria de la Superintendencia de Bancos que ostenta, ha emitido un informe u opinión sobre la operación objeto de este proceso. R.- En calidad de Intendenta de Instituciones de Bancos y Grupos Financieros , encargada***

en el año de 1999, emití un informe que debería ser revisado por la Intendencia Jurídica de la Superintendencia de Bancos sobre la operación WMB y CEVAL Inc., en calidad de intendenta, fue informada a finales del mes de septiembre de 1999, por el Administrador Temporal del BP que se había ejecutado las garantías otorgadas a favor de la CEVAL INC., accionista del Grupo Popular, las garantías que se habían ejecutado correspondían a los títulos valores de un portafolio de inversiones denominado GFP INCOME FUND, que en su calidad de Intendenta solicitó a la comisión de auditoria que prepare un informe a su conclusión instruyó a la Administración Temporal se registren las provisiones correspondientes, que el informe de auditoria una vez concluido fue remitido a la Intendencia Jurídica para su revisión. P.- Desde el punto de vista técnico contable qué incidencia produjo la operación de financiamiento entre el WMB y el CEVAL INC., por el valor de \$ 115'300.000 en los activos, pasivos y patrimonio del BPE?

R.- las primeras conclusiones de la operación se pueden resumir en lo siguiente: El financiamiento del WMB al CEVAL INC permitía concluir una escisión del grupo financiero pero en el BPE el hecho de haber cedido en garantías los títulos valores del GFC Income Fund, en las que participaban varias entidades del grupo financiero como el BPE, el VIP el JBT determinó que a la ejecución de esas garantías se produzca una disminución de los activos, un registro de provisiones por la pérdida de esos activos, al haberse ejecutado la garantía eso tiene un efecto en el patrimonio de la entidad, adicionalmente dentro de la operación se consideraba como parte de las garantías una opción denominada PUT

OPTION, en la que existía la condicionalidad de ejecutarla y que el BPE debería cancelar la obligación si es que esta no era cubierta. La posibilidad de ocurrencia de este evento generaba la obligación de un registro y obviamente un requerimiento patrimonial. Estos pueden ser los principales efectos que puede haber tenido la relación y que recuerda. Evidentemente una disminución de los activos en una institución financiera determina una afectación a los depositantes; de igual manera se realizan preguntas por parte de la acusación particular y del abogado defensor.

- ***Jorge Washington Molina Noboa,** en su calidad de Auditor Supervisor de la Superintendencia de Bancos ... P.- ¿Preside si ha conocido, emitido opinión o presentado algún informe técnico relacionado con la operación financiera materia de este proceso? R.- Efectivamente cuando asumió la supervisión del Banco Popular en diciembre de 1999, conocí que se había emitido un informe de auditoría sobre el caso WMB y CEVAL INC... posteriormente fui convocado a la reunión de trabajo por la Intendencia Nacional Jurídica, con el propósito de colaborar en la revisión de los hechos descritos... reuniones de trabajo realizadas en los primeros días del mes de enero del 2000 juntamente con la Dra. Sonia Pinto, Abogada de la Intendencia Jurídica y del auditor Patricio García autor del informe original, se procedió a la revisión indicada... de igual manera se realizan preguntas por parte del abogado defensor.*

- ***Teresa de Jesús Viteri Pavón***, perita contable, quién al interrogatorio del Agente Fiscal respondió: ... P.- *Los eventos contingentes pueden afectar significativamente a la estructura de una entidad financiera?* R.- *Si puede **afectar...***

Por lo que en la referida sentencia se señala: “*La cuestión fundamental sobre la cual va a decidir este Tribunal es la siguiente: determinar si la participación de GFP Income Fund al comprometer en garantía del préstamo otorgado por el West Merchant Bank a la compañía CEVAL Inc. cuyo accionista principal es Iván Nicholls Landes, fondos de su propio portafolio –garantía que luego fue ejecutada-, perjudicó o no el patrimonio de sus inversionistas; y si en el caso concreto del Banco Popular del Ecuador - inversionista de GFP Income Fund-, ese perjuicio patrimonial constituyó por parte del Señor Iván Nicholls Landes Guerrero, ex Presidente Ejecutivo de dicho Banco, abuso de fondos bancarios privados, y en consecuencia delito de peculado según lo dispuesto en el Art. 257 del Código Penal.*

Además el Tribunal señala las siguientes consideraciones como consecuencia de la prueba aportada en la audiencia de juzgamiento:

- a) *El Banco Popular del Ecuador tiene un patrimonio negativo de seiscientos veinte y siete millones trescientos nueve mil ciento ochenta dólares de Estados Unidos de Norteamérica, con setenta y cuatro centavos.*
- b) *Que este déficit patrimonial ha tenido que ser asumido por el Estado Ecuatoriano a través de la AGD...*

- c) *Que el Señor Iván Nicholls Landes Guerrero, era a la vez accionista principal de CEVAL INC y Presidente Ejecutivo del Banco Popular.*
- d) *Que si bien es cierto el Banco Popular del Ecuador recibió de la Compañía CEVAL INC., el valor correspondiente al precio de las acciones del Banco Andino de Colombia y de Finevez de Venezuela, valores pagados por Ceval Inc y obtenidos por el préstamo otorgado por el WMB a favor de esta compañía, no es menos cierto que el Banco Popular del Ecuador se vio afectado patrimonialmente al perder la parte proporcional de sus inversiones en el GFP Income Fund cuando el WMB ejecutó las garantías para avalar el CEVAL INC. dio ilegalmente el GFP Income Fund en perjuicio de sus accionistas Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional y Jersey Private Bank Trust.*
- e) *Si se examina la sentencia de extradición, expedida por las autoridades judiciales de la República de Costa Rica, en contra de Landes Guerrero, se puede apreciar que es específicamente en este punto, el que constituye la acusación probada más contundente y evidente en contra del acusado y que le hace responsable del delito de peculado tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal.*
- f) *Con estos antecedentes y como señalamos al principio del capítulo, el Tribunal Tercero de lo Penal del Distrito del Pichincha condena a Landes Guerrero a ocho años de reclusión mayor ordinaria.*

En fecha 31 de agosto del 2006, el Tercer Tribunal del Pichincha dicta sentencia absolutoria a favor de Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordoñez Villacreses, Jean Daniel Benoit, William de la Rosa, Fernando Armendáriz Saona, Renán Fabián Encalada Garrido, por lo que interpone recurso de

casación el Procurador Común de los acusadores particulares y algunos de los procesados (Rosales, Gutt, Ordoñez) conociendo la Segunda Sala de lo Penal de la H. Corte Suprema de Justicia. (Anexo 4)

1.- El procurador común de los acusadores particulares se fundamenta: *“El Tercer Tribunal Penal de Pichincha violó el Art. 257 del Código Penal, al no haber aplicado el mencionado Artículo que tipifica el delito de Peculado... pues habiéndose comprobado la existencia material de los delitos previstos en el Art. 257, 339, 560, 577 del Código Penal, así como los Art. 131 literales a, b, c y d; y Artículo 134, literales c, e, f, g, h i, y j de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.*

2.- *El Tercer Tribunal ha incurrido en un error de derecho al no considerar como aplicable el Art. 257 del Código Penal, arguyendo que a la fecha de la comisión del delito no eran sujetos activos de peculado los miembros de los directorios y demás administradores de los bancos privados, sin embargo en el Registro Oficial No 337 del 16 de mayo de 1977, ya se estableció como sujeto activo de delito de peculado a los servidores y administradores de los bancos privados.*

3.- *Que el juzgador viola la ley en la sentencia porque contraviene expresamente el texto del Art. 64 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la apreciación de la prueba en su conjunto ni aplico las reglas de la sana crítica, en el curso del proceso y en la audiencia de juzgamiento se han presentado las siguientes pruebas:*

- La Certificación de la Secretaría General del Banco Popular, con la cual se establece que: *“ en la sesión del Directorio del Banco del Popular del Ecuador S.A. de junio 17 de 1998, asistieron los siguientes vocales: Dr. Francisco Rosales Ramos, Dr. Ernesto*

Rivadeneira García, Ing. Salomón Gutt Brandwayn, Sr. Rubén Ordoñez Villacreses e Ing. Jean Daniel Benoit. Estatutariamente solo los vocales del Directorio tenían la facultad de votar para la toma de decisiones, no así aquellas personas que asistían en calidad de invitados...”

- informe remitido por el Secretario General de la Superintendencia de Bancos, sobre la operación entre West Merchant Bank, Oxidene Group y Ceval.

- En fecha 29 de noviembre de 1999, la Comisión de Auditoría del Banco Popular y la Intendencia Nacional de Bancos y Grupos Financieros sobre las operaciones del West Merchant Bank, Oxidene Group., Ceval Inc., GFP Income Found y el Banco Popular del Ecuador, por lo que se señala que al no poder Ceval, hacer frente a sus obligaciones financieras en el mes de septiembre del 1998 el WMB ejecuta la garantía activos del Banco del Popular del Ecuador.

- Acta de la Sesión del Directorio del Banco Popular del Ecuador S.A, realizada el 17 de junio de 1998, realizada en la ciudad de Quito, en la que consta a los acusados como asistentes a la sesión como miembros del Directorio.

- Certificación de la Secretaría General del Banco Popular, que certifica de la comparecencia de los acusados a la sesión del Directorio de fecha 17 de junio de 1998.

- Certificación de la Superintendencia de Bancos sobre la nómina del Directorio del Banco Popular del Ecuador y funcionarios de la institución, considerando que sin autorización de los depositantes, dispusieron arbitrariamente los fondos, es decir actuaron dolosamente.

- Responsabilidad Penal de William de la Rosa (en calidad de representante y director del Banco Popular), Fabián Encalada (Contador General), Fernando Armendáriz (Director de mercado de capitales), se detalla en los informes de la Superintendencia de Bancos las actividades que realizaron como ejecutivos de la institución financiera.

Por lo que la Segunda Sala de lo Penal de la H. Corte Suprema de Justicia señala:

- Que se ha violado el Art. 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero al haberse dado una información falsa al respecto de las operaciones del Banco Popular del Ecuador.
- Que se ha violado el Art. 134, literal j de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al haberse ejecutado una operación que disminuye el activo del Banco Popular a favor de los accionistas mayoritarios.
- No se registró en libros el contrato de Put Option Agreement suscrito entre el Banco del Popular y el WMB, el mismo que fue conocido por el Directorio del Banco.
- El administrador del GFP Income Fund no contaba con la autorización expresa de los accionistas para dar en garantía títulos valores del portafolio a WMB.

Por lo se acepta el recurso de casación interpuesto por el procurador común de los acusadores particulares revoca la sentencia absolutoria dictada el 31 de agosto del 2006 y dicta sentencia condenatoria contra los acusados: “ *Ernesto Rivadeneira García como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años; Salomón Gutt como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años; Francisco Rosales Ramos como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años; a Rubén Ordoñez Villacreses como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años; a Jean Daniel Benoit, como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria; y a William de Rosa, se le impone la pena*

de reclusión mayor ordinaria de ocho años por considerarlo autor del delito de peculado bancario, ya que participó en el proceso de ejecución del delito ejerciendo funciones de representación y dirección de las instituciones financieras que conforman el Grupo Financiero Banco Popular; a Fernando Armendáriz se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria por considerarlo autor del delito de peculado bancario; ya que participó en el proceso de ejecución del delito en calidad de Gerente de la Banca Corporativa y a Renán Fabián Encalada Garrida se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria por considerarlo autor del delito de peculado bancario, ya que participó en el proceso de ejecución del delito como Contador General. No existen atenuantes que considerar respecto de ninguno de los sentenciados por haber la concurrencia de las circunstancias agravantes de la astucia y el fraude previstas en el Art. 30 del Código Penal. Pena que se cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social del la ciudad de Quito. Se condena a los sentenciados al pago de la indemnización de daños y perjuicios y el pago de costas procesales...Por cuanto los miembros del Tribunal Juzgador, a pesar que es evidente que el delito de peculado bancario se encontraba tipificado y sancionado al momento de la disposición arbitraria de los fondos de los depositantes, se negaron a cumplir con su deber, incurriendo en la infracción administrativa tipificada y sancionada en el 1 del Art. 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial...se disponer que por Secretaría se oficie al Consejo Nacional de la Judicatura para que previo al proceso administrativo disciplinario, se sancione a los Señores vocales del Tercer Tribunal Penal del Pichincha...”

4.3. Análisis Jurídico Penal del Proceso.

4.3.1 Sujetos:

4.3.1.1. Sujeto Activo

Iván Nicholls Landes Guerrero, Presidente Ejecutivo del Banco del Popular, según consta en el proceso a fojas 2101-2104, el oficio No SG-99-33, con fecha de 12 de julio de 1999, suscrito por Judy Ruales, como Secretaria del Banco Popular del Ecuador (BPE), de igual manera en el proceso se adjunto a foja 2105-2108, el oficio No. SG-99-001, del 4 de enero del 1999, suscrito por Pablo Cevallos, como Secretario General del Banco Popular S.A, en el cual contiene la nómina de directivos del Banco Popular, constando Iván Landes Guerrero como Presidente Ejecutivo; se adjuntó oficio No SG-99435, en el cual se anexa la renuncia de Landes, el 12 de septiembre de 1999, como Presidente Ejecutivo de esta institución financiera, documentos en los cuales se prueba que el sujeto activo es cualificado, es decir es necesario que ostente la calidad de funcionario de una entidad financiera, tal como se prueba en los oficios enunciados; en este proceso los Señores: Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordones Villacreses, Jean Daniel Benoit, William de Rosa, Fernando Armendáriz Saona, Fabián Encalada Garrido , quienes formaban parte del Directorio del Banco Popular, se dicta sentencia absoluto el 28 de agosto del 2006, al no demostrarse la autorización expresa por parte del Directorio de la garantía dada por el Grupo Financiero Popular a West Merchant Bank, sin embargo en el fallo pronunciado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 16 de abril del 2008, fueron condenados a ocho años de reclusión mayor, como autores del delito de peculado, Ernesto Rivadeneira, Francisco Rosales, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez, Jean Daniel Benoit, William de Rosa, Fernando Armendáriz y Renán Encalada, implicados por aprobar como directores un crédito del banco West Merchant Bank, el 17 de junio de 1998, a favor del Grupo Ceval., a estos funcionarios del Banco Popular del Ecuador se les imputa el delito de peculado por haber contribuido al cometimiento de este ilícito.

Cabe señalar que Landes Guerrero, a su vez era accionista principal de Ceval Inc., y como lo señalamos Presidente Ejecutivo del Banco Popular.

4.3.1.2. Sujeto Pasivo

La operación realizada por Landes Guerrero, tal como se señala en la sentencia dictada el 4 de diciembre del 2007, perjudicó a los demás accionistas del GPE, debido a que con la operación mencionada se entregaron activos tanto del Banco Popular del Ecuador y sus entidades subsidiarias del grupo financiero: Banco Popular Internacional y The Jersey Private Bank Trust, en beneficio de un accionista mayoritario en este caso CEVAL, además de perjudicar a los accionistas minoritarios de dicha institución financiera, constituiría sujetos pasivos del delito de peculado los depositantes de este banco.

4.3.2. Bien jurídico protegido

En el caso del peculado financiero como señalamos en el Capítulo II, en el análisis de los elementos del tipo penal de peculado financiero, señalamos que el bien jurídico protegido es el patrimonio de los clientes y la confianza del público, que de igual manera encuadra en el caso del bien jurídico protegido del ilícito cometido en el Banco del Popular.

4.3.3. Objeto Material

La operación llevada a cabo con el West Merchant Bank y el Ceval Inc, en junio de 1998, fue garantizada por el Banco Popular del Ecuador, el cual se vio afectado el momento en que Ceval no cumplió con sus obligaciones, por lo que el objeto material únicamente en fondos de la institución financiera.

4.3.4. Acción Nuclear

Como es de vuestro conocimiento, el Art. 257 del Código Penal, señala "... hubiese abusado de dineros públicos o privados... ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante" ; por lo que podemos darnos cuenta que el abuso de dineros se dio por parte principalmente del Ex Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador y mayor accionista del CEVAL INC, por lo que se configura en la especie de disposición arbitraria, es decir los fondos del Popular fueron puesto en garantía en la operación entre el WMB y CEVAL INC., por maña de Landes Guerrero.

4.3.5. Sanción

Iván Landes Guerrero, se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, además queda perpetuamente incapacitado para desempeñar cargo alguno en las instituciones del sistema financiero, además deberá pagar daños y perjuicios por el mal causado, de igual manera se le impone de ocho años de reclusión mayor a Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt. Rubén Ordoñez, Daniel Benoit, William de la Rosa, Fernando Armendáriz, Fabián Encalada Garrido, respecto a ninguno de los sentenciados se les puede aplicar atenuantes, por existir las agravantes de la astucia y el fraude, las cuales se encuentran previstas en el Art. 30 del Código Penal.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado en el presente trabajo, no cabe duda que es necesario una reforma en la legislación de nuestro país, por lo menos a lo referente al tipo penal analizado, sumada a una reforma judicial, debido a que si nos quedamos solo con una reforma legislativa pueden existir leyes y normas perfectamente descritas, pero mientras existan funcionarios de la función judicial que retardan los procesos penales, la justicia y por lo tanto la penalidad no es creíble.

Con el paso del tiempo se han dado el nacimiento de nuevas formas delincuenciales, un avance en el ámbito tanto financiero, en los negocios, que da lugar a que estemos frente a un sin número de irregularidades, por lo que es necesario crear un capítulo dentro del Código Penal referente a los Delitos Financieros, en donde consten una serie de tipos penales específicos en el área financiera y bancaria, con el fin que la descripción de tipo penal concuerde correctamente con la conducta realiza, capítulo creado con el fin que la medicina no llegue luego de la enfermedad, como sucedió en nuestro país, que el 13 de mayo de 1999, los legisladores se percataron de algunos vacíos dentro de este ámbito, y comenzaron a legislar apresuradamente, provocando un caos jurídico que afecta la correcta administración de justicia. De igual manera en cuanto al procedimiento para juzgar esta clase de delitos es necesario la creación de Unidades

Especializadas que investiguen y juzguen esta clase de ilícitos, por lo que es recomendable la creación de una Unidad de Delitos Financieros y Juzgado específico, sin embargo aunque el número de denuncias en este ámbito no amerite en nuestra ciudad la creación de estas unidades, por lo menos radicar esta competencia a un Fiscal y Juez que conozcan de igual manera otras causas.

A mi parecer la reforma legislativa sería el comienzo de grandes cambios en la justicia penal-financiera, sin duda como pudimos darnos cuenta el tipo penal de peculado adolece de grandes defectos tanto de redacción, que hace que el tipo penal no sea claro, dando lugar a que existan interpretaciones ilógicas que han dado lugar a un resultado contrario al querido por el legislador, en primer lugar es necesario que el tipo penal no sea uno solo “peculado”, en el cual encierre el tanto el peculado propiamente dicho, cometido por los servidores de instituciones financieras, el peculado bancario cometido por los empleados de la institución financiera y el peculado financiero, como señalamos anteriormente crear un capítulo específico que se refiera a los delitos financieros, y dentro de ella debería existir una gran diferenciación en cuanto a la sanción impuesta entre el peculado bancario y el peculado financiero no es posible que se juzgue de por igual como lo hace nuestra actual legislación un delito cometido por un empleado bancario que esta a cargo de una cantidad de dinero y luego se apropia, cantidad que puede hasta ser irrisoria, con el delito cometido por el presidente de una institución financiera, que se apropia de grandes cantidades de dinero, causando conmoción social, dando lugar a que la institución financiera cierre sus puertas, y a que miles de depositantes se queden sin el sustento diario.

De igual manera, en el año de 1998 existió una flexibilidad de las leyes del sistema financiero, debido a que se permitieron créditos vinculados hasta en un 60 % del patrimonio técnico, existiendo una supervisión débil por parte de los organismos de control, especialmente de la Superintendencia de Bancos, sin embargo por más que exista dicha flexibilidad de leyes, la moral y la ética de los banqueros se vio quebrantada, incurriendo en una mala y dolosa administración, sin embargo hubiese sido necesario quedarnos con la extinta Ley General del Bancos, que no permitía la concesión de créditos vinculados en el 60% del patrimonio técnico.

Por la mala administración de los banqueros, dio lugar a que varias instituciones financieras del Ecuador cerrasen sus puertas, aún así el número de instituciones financieras no es el adecuado, siendo excesivo para el tamaño de la economía ecuatoriana, por lo que es necesario que para la constitución de cualquier clase de institución financiera se califique rigurosamente, con el fin que banqueros sin escrúpulos comentan las fechorías que se produjeron en la famosa crisis del 1998.

Finalmente resulta frustrante que la mayoría de autores de la crisis financiera se encuentren en el exterior, sin responder por los daños causados en la sociedad, por lo que es necesario que se tomen las medidas correspondientes con el fin que sean extraditados y cumplan la pena, sin embargo se han dado múltiples fechorías en estos procesos, tal es así, que en el envío de la solicitud de extradición en el caso de los hermanos William y Roberto Isaías, mayores accionista del Filanbanco, de la Cancillería Ecuatoriana a las autoridades judiciales en Estados Unidos, se han perdido alrededor de 1000 hojas, solo llegando 251 hojas de dicha solicitud , resultando

misterioso dicha pérdida como este misterios existen múltiples misterios en los procesos seguidos en contra de los banqueros, autores de la crisis de 1998.

BIBLIOGRAFIA.

- **ANALISIS SEMANAL**, Bancos, ¿Bajo la férula del BCE ?, Spurrier Baquerizo, Septiembre 2005.
- **AGUILAR FEIJO Víctor, SARMIENTO JARA Juan**, Estructura y Financiamiento del Sistema Bancario Privado en la Provincia del Azua, Periodo 1980 a 1986, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Cuenca, 1998.
- **ALBAN GOMEZ Ernesto**, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales. S. A., Quito Ecuador.
- **ALMEIDA REBECA**, Kemmerer en el Ecuador, Edición Flasco, 1994.
- **BORRERO VINTIMILLA Antonio**, Derecho Bancario Ecuatoriano, Editorial Indugraf, enero de 1982
- **BRITO Vanesa**, Los pecados del Banco de Préstamos, Revista Gestión, Dic 1999
- **BRITO Vanesa**, El Estado Banquero capear el temporal, Revista Gestión, Noviembre 1999.
- **BRITO Vanesa**, Revista Gestión, La crisis bancaria podría profundizarse, julio 2001
- **BRITO Vanesa**, Revista Gestión, Mejor Negocio era ser banco malo, Diciembre 1999.
- **BRITO Vanesa**, Revista Gestión, Quiebra Masiva Bancaria del 99, marcó la historia Financiera del Ecuador, Octubre 2002.
- **BRITO Vanesa**, Revista Gestión, Bancos Buenos, Bonitos y Rentables, Enero del 2005.

- **BRITO Vanesa**, Revista Gestión, Ranking de Empresas, Bancos y Grupos Financieros, Junio – 2005.
- **CALVACHI CRUZ, Reinaldo**. Revista del Colegio de Jurisprudencia Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito, Julio 2000
- **CANCINO MORENO Antonio**, El Peculado, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1983
- **CANCINO MORENO Antonio**, Pérez Pizón Alvaro, y otros, Derecho Penal Especial, Editorial Universidad Externado Colombia, 1985
- **CUEVA CARRION**, Peculado, Teoría, práctica y jurisprudencia, Tomo I, Ediciones Cueva Carrión, 2006
- **CUEVA CARRION**, Peculado, Teoría, práctica y jurisprudencia, Tomo II, Ediciones Cueva Carrión, 2007
- **CUEVA CARRION**, Peculado, Teoría, práctica y jurisprudencia, Tomo III, Ediciones Cueva Carrión, 2008
- **DE LA TORRE Augusto**, Marco Legal de la crisis financiera; El manejo de las Crisis Bancarias, 1997
- **DIARIO EL HOY**, “Siete causas de la crisis bancaria” Agosto 2004
- **DIARIO EL UNIVERSO**, 21 de diciembre del 2006
- **DÍAZ José**, Manual de Créditos y Cobranzas de la Banca
- **DONNA ALFREDO**, Derecho Penal Especial, Segunda Edición Actualizada, Editoriales Rubinzal – Culzani, Buenos Aires 2007.
- **FLORES UZCATEGUI Gustavo**, Carcía Falconí José, MANUAL DE PRACTICA PROCESAL EN LOS DELITOS DE PECULADO, Segunda Edición, Quito Ecuador. 2006.
- **URIEL FRANCO**, El Peculado, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1987
- **GALLARDO ZABALA Jorge**, Lecciones de otra Década Perdida y Dolarización, Guayaquil 2003.
- **MEMORIA DE LA AGD**, Dra. Alejandra Cantos Molina, AH Editorial, Quito-diciembre 2006.

- **PAZ JUAN, CEPEDA MIÑO**, Bancos y Banqueros, La Revolución Juliana, Editorial El Conejo, 1999.
- **PLITMAN RUTH**, Estructura de la Crisis, Abril del 2002.
- **QUINTERO Jesús**, Los Delitos Bancarios, Edición Paredes, Caracas – Venezuela, 1997
- **REVISTA GESTIÓN** “La Autodestrucción” Abril 1999
- **RIVERA HECTOR**, Introducción a la Moneda y a la Banca, Editorial Universitaria Universidad de Puerto Rico, Río Piedras. 1965.
- **RUBIO ANGULO Campo**, Trabajo de Grado, República de Colombia, Pontificia Universidad Andina, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas, EL PECULADO, Bogotá, 1985
- **VELA María Paz**,”Cortocircuitos en la Economía Global”, Revista Gestión Agosto 1999.
- **VELA Paz, BRITO Vannesa, REVISTA GESTIÓN**, Descongelamiento, Abril 1999
- **ZAMBRANO PASQUEL Alfonso**, El Caso Filanbanco, Peculado Bancario y extradición, Tomo VII, Edición Edino,
- **ZAMBRANO PASQUEL Alfonso**, El Caso Filanbanco, Peculado Bancario y extradición, Tomo VIII, Edición Edino,

ARTICULOS EN EL INTERNET.

- www.agdecuador.com
- www.bce.fin.ec
- www.bcp.gov.py
- www.comisiónanticorrupción.gov.ec
- www.derechoecuador.com
- www.fundacionavanzar.org
- www.gestion.dinediciones.com
- www.museos-ecuador.com
- www.repem.org.uy
- www.revistajuridicaonline.com
- www.wikipedia.com

ANEXO 1
RESOLUCION DEL RECURSO DE CASACION
BANCO DEL PROGRESO

Publicado: Gaceta Oficial 9

Fecha: 25 de marzo del 2002

El peculado bancario consiste en el abuso de dineros públicos o privados o de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya sea que se produzca un desfalco, una disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, comprendiéndose en esas conductas punibles a los servidores de los Bancos Estatales y privados. En la especie, el propio recurrente reconoce que tuvo en su poder los fondos que debía transferir a la cuenta de Petrocomercial, lo que precisamente no hizo, apropiándose ilícitamente de dichos fondos para configurar la conducta típica propia de la figura de peculado, como lo tipifica el Art. 257 del Código Penal.

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2856

(Quito, 25 de marzo de 2002)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO PENAL.
Quito, 25 de marzo de 2002. Las 16h00.

VISTOS: Este proceso llega a conocimiento de esta Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, por recurso de casación interpuesto; por el Dr. Fernando Aspiazu Seminario, respecto de la sentencia por la cual el Tribunal Penal Primero de Pichincha, condena al recurrente como autor del delito de Peculado, a cumplir la pena de nueve años de prisión correccional, además de la incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función públicos, incluyendo la administración financiera y

bancaria del sector privado, como la pública por nombramiento o por elección popular, con costas, daños y perjuicios, lo que incluye la restitución a favor de Petrocomercial de los dineros materia del apoderamiento ilegítimo pena impuesta en aplicación del Art. 257 del Código Penal, en concordancia con los Arts. 4, 29 numerales 2, 6 y 7, 72 inciso 30, 57 y 95, todos del Código Penal; Art. 396 de la Ley Orgánica Administrativa Financiera y Control, Art. 16 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas filiales; y el inciso segundo del Art. 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983. Siendo el estado de la causa el de resolver, y siendo competente esta Sala para hacerlo se considera.

PRIMERO: La casación penal, por su propia naturaleza tiene por objeto enmendar, si es del caso las violaciones de la ley que pudieran existir en una sentencia, sea por contravenir expresamente a su texto, o por haberse hecho una falsa aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. Por lo dicho es ajena a la casación penal, porque no se trata de un recurso de apelación, cualquier pretensión de que la Sala vuelva a examinar y analizar las pruebas constantes de autos, que fueron motivo de tal análisis, por parte de quien corresponde, como en el caso un Tribunal Penal.

SEGUNDO: El recurrente en su escrito de fundamentación (fojas 7 a 13 del cuadernillo del recurso), relata en una exposición larga, con afirmaciones hechas desde su particular punto de vista, los diversos hechos a los que se refiere el proceso y, en lo medular alega que se ha contravenido a la ley en la sentencia por haberse hecho una falsa aplicación de la misma y haberla interpretado erróneamente, dice, porque se lo condena por el delito de peculado tipificado y sancionado por el Art. 257 del Código Penal en concordancia con el Art. 4, 29 numerales 2, 6 y 7, 72 inciso 3o., 57 y 95 ibídem, y los Arts. 396 de la Ley Orgánica Administrativa Financiera y Control, Art. 6 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador y sus Empresas Filiales y el inciso 2 del Art. 326 del Código de Procedimiento Penal. Transcribe un texto del Art. 257 del Código Penal y reformas y manifiesta que se lo ha condenado por el delito de peculado agravado, por lo que establece "la última parte del 1 inciso del Art. 257 del Código Penal en actual vigencia esto es se manifiesta que ha existido abuso en desfaldo de dineros públicos y se agrava supuestamente porque los fondos eran destinados a la Defensa Nacional", y pasa luego a explicar desde su perspectiva que el elemento fundamental es el abuso de dineros públicos o privados y,

que para no violarse la ley se debió hacer el análisis o valoración de la prueba en relación al abuso de dineros públicos y que esto serán de propiedad destino de la Defensa Nacional; afirma que debió establecerse el acto volitivo y la intención de causar daño de su parte, para concluir que sin que se pruebe estos elementos no podía haber sido procesado ni sentenciado, añade que por "la propia aseveración de Petrocomercial que los dineros se encuentran contabilizados en el Banco, por ende forman parte de los activos de Petrocomercial y, fueron efectivamente retirados por esta Institución Pública" y luego de varias consideraciones dice no se ha dispuesto de esos fondos en provecho personal o de terceros. Más adelante dice que fue llamado a juicio con una norma legal a la fecha de llamamiento derogada, como es el segundo inciso del Art. 257 del Código Penal y, que asimismo se lo sentenció; dice que no se ha probado que fueran fondos de la Defensa Nacional y que no se ha hecho distinciones en relación a las formas de peculado alegando el recurrente que no acepta el argumento de que estos dineros ingresan de una u otra forma al presupuesto general del Estado, que nutre a su vez la Defensa Nacional. Pasa luego a decir que ha sido enjuiciado "por un involuntario incumplimiento de un contrato mercantil y que, en la imposibilidad de cumplir con el contrato las partes debían someterse a la jurisdicción arbitral, fijándose para el efecto la ciudad de Guayaquil, domicilio principal del Banco del Progreso; alega que no se respetó la competencia de quien debía juzgar, teniendo en cuenta la materia y el domicilio, remitiéndose a los Arts. 27 y 30 del Código de Procedimiento Civil, concluyendo que existe nulidad en el proceso por no respetarse los Arts. 353, 354 y 355 ibídem, es decir, dice también se violó el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Arbitraje y Mediación. Enseguida apunta al hecho de la acusación particular de Petrocomercial, incoada, dice en contra de Jaime Aspiazu Seminario, persona distinta a el luego se hizo una reforma a dicha acusación de la que ni siquiera fue citado, alegando nuevamente la nulidad por no respetar solemnidades sustanciales. Afirma que la Contraloría General del Estado debió previamente puntualizar las responsabilidades penales y que en su caso, se determinó responsabilidad administrativa para funcionarios de Petrocomercial, por su negligencia en no haber transferido los fondos de la cuenta de Petrocomercial que mantenía en el Banco del Progreso, al Banco Central del Ecuador, lo que le permite, desde su particular punto de vista alegar en el sentido de que otros y no él, debieron ser los procesados, como inclusive dice, hay otros Bancos respecto de los que también debían existir procesos coactivos, y así dice demostrar que también se ha violado el Art. 212 de la

Constitución Política; abunda en el decir de que en su caso hay un informe pericial viciado de nulidad pues no hay perjuicio al Estado Ecuatoriano, sin respetar el Art. 57 del Código de Procedimiento Penal, así como los Arts. 325 y 326 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, "al no existir un pronunciamiento determinando responsabilidades de carácter penal" en su contra, "de parte de la Contraloría General del Estado", lo que le permite concluir que no debió ser procesado. Luego dice, que no se transfirieron los fondos del Banco a Petrocomercial inmediatamente, lo que motiva este proceso, por "la existencia del Anexo Técnico Operativo que forma parte integrante del contrato", sin respetar el plazo allí establecido para el traspaso de cuentas, reiterando que tales fondos estaban contabilizados en el Banco y "que le correspondía al administrador Temporal de la AGD", cumplir con tal la operación, para concluir, reiterando nuevamente que los dineros estaban contabilizados en el Banco y que Petrocomercial hizo efectivos los certificados conferidos por la AGD que portaba Petrocomercial y que "el fruto de los mismos ingresó a otras cuentas" se pregunta y termina diciendo que no hay disposición de fondos de la que se le pueda juzgar. Alega luego que tampoco se respetó el Art. 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal en lo relativo al ejercicio de las pruebas, diciendo además, que se aceptó como prueba el testimonio propio del Abogado Defensor del acusador, por fin alega que se contrarió el Art. 286 inciso primero del Código de Procedimiento Penal porque dice que el acusador debió comparecer personalmente a la audiencia y no por Procurador, dice además, sin poder suficiente, por lo que debió declararse abandonada la acusación.

TERCERO: De fojas 29 a 32, el Ministro Fiscal General Subrogante contesta el traslado con la fundamentación del recurso, y luego de hacer una relación de las alegaciones contenidas en ese escrito de fundamentación, manifiesta que en la casación penal no se puede, ni se debe entrar a reexaminar las pruebas constantes del proceso y que tampoco corresponde a la Sala de Casación declarar la nulidad del proceso, lo que corresponde a la Corte Superior de Justicia del respectivo Distrito; más adelante en el mismo escrito de la fiscalía en referencia a la alegación del recurrente de que sin el informe de auditoría de la Contraloría General del Estado, no se puede iniciar un proceso penal, se hace notar que no existe disposición legal que así lo determine; en el acápite Cuarto de la misma opinión fiscal, se hace una relación de las constancias probatorias, detallando las constataciones de la materialidad de la infracción

comprobada conforme a derecho, resaltando que entre Petrocomercial y el Banco del Progreso cuyo presidente era el recurrente, se celebró un contrato para la utilización del sistema operativo computarizado del Banco, optimizar el sistema de compraventa, de derivados hidrocarbúricos, incluyendo los servicios estipulados, la atención al público, comprobación de cupos, facturación, recepción de pagos y resalta que los dineros provenientes de la venta de combustibles se mantienen en las cuentas corrientes de Petrocomercial en el Banco Central del Ecuador, ingresos que en una parte, dentro del Presupuesto General del Estado, junto con las regalías de comercialización del petróleo financian rubros de la Defensa Nacional, más aún si el Banco del Progreso tenía la obligación de recibir el dinero y en las setenta y dos horas siguientes acreditar los fondos en la cuenta que Petroecuador mantiene en el Banco Central del Ecuador, sin que tal obligación se haya cumplido, en el amplio detalle constante en el dictamen fiscal, para concluir que el recurrente, sirviéndose de su institución financiera, en el caso el Banco del Progreso causó un perjuicio económico a Petrocomercial y por ende al Estado Ecuatoriano, en un monto establecido hasta agosto de 1999, en 95.041.131.206 sucres. Como consecuencia de los hechos materia del proceso, el recurrente adecuó su conducta al delito tipificado como peculado por el abuso de fondos públicos, obteniendo dicho recurrente fondos que lo enriquecieron ilícitamente, presentando la adecuación típica en relación al Art. 257 y sus reformas del Código Penal, habiendo tenido en su poder en razón de su cargo el recurrente, a través del Banco del Progreso la suma antes señalada, abusando de dineros públicos, destinados en una parte a la Defensa Nacional, en forma fraudulenta, pues afirma la Fiscalía en la propia fundamentación de su recurso, Fernando Aspiazu Seminario acepta haberlos recibido, "al afirmar que las cantidades indicadas constan en los libros de contabilidad de su banco", y al no transferir esa suma, como estaba obligado legalmente, se apropió ilícitamente al margen de la Ley y de otras normas de fondos públicos, por lo que estima improcedente la Fiscalía el recurso de Casación. Por fin la Fiscalía dice que no se ha justificado la aplicación de atenuantes, por lo que opina que hay una falsa aplicación del Art. 72 del Código Penal, por parte del Tribunal Penal, así como también la hay al sancionar con nueve años de prisión correccional, pues de conformidad con el Art. 51 de dicho Código, el máximo de las penas de prisión es de cinco años y en este sentido, dice debe casarse de oficio la sentencia para sancionar al recurrente con la pena de reclusión mayor de ocho a doce años, teniendo en cuenta el respeto que se debe tener a la "reformatio in pejus".

CUARTO: Corresponde a la Sala puntualizar los siguientes aspectos, en relación a este caso de casación penal: Del análisis de la sentencia recurrida, se encuentra que el Tribunal juzgador efectúa un amplio y detallado examen de la abundante prueba constante del proceso, en forma prolija, de manera que la conclusión de la sentencia condenatoria guarda perfecta armonía lógica con los fundamentos motivados que no, pueden concluir sino en la imposición de una pena al infractor. Pero, además, del mismo análisis del fallo, la Sala determina que en ninguna parte de esa resolución judicial se encuentra violación legal alguna, ya que las constancias probatorias demuestran en forma clara e inequívoca que el recurrente realizó diversos manejos fraudulentos, con los que intentó disfrazar una conducta abusiva de fondos públicos, como bien lo establece la sentencia recurrida, y como lo detalla ampliamente el dictamen fiscal. En efecto, el peculado bancario, como en este caso, consiste en el abuso de dineros públicos o privados o de efectos, que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya sea que se produzca un desfalco, una disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, comprendiéndose en esas conductas punibles a los servidores de los Bancos Estatales y privados. En la especie, el propio recurrente reconoce que tuvo en su poder los fondos que debía transferir a la cuenta de Petrocomercial, lo que precisamente no hizo, apropiándose ilícitamente de dichos fondos para configurar la conducta típica propia de la figura de peculado como lo tipifica el Art. 257 del Código Penal. Respecto a las alegaciones del recurrente de que hay motivos de nulidad, en el examen de la sentencia recurrida y de las piezas procesales a las que se remiten dichas alegaciones, la Sala no encuentra ningún motivo de nulidad, siendo necesario, además, establecer que no es por esta vía de casación que se evacua una alegación de nulidad, que en este caso no existe. Como bien señala el dictamen Fiscal, el recurrente pretende que la Sala vuelva a examinar la carga probatoria constante de autos, lo cual es ajeno a la casación penal y, en todo caso, del examen que corresponde hacer a esta Sala respecto del fallo recurrido, en forma clara se encuentran los elementos típicos del peculado bancario en la medida en que el recurrente no cumplió con lo que era su obligación jurídica, abusando de los fondos que se encontraban en el banco a su cargo; es importante resaltar que en el delito penal económico, como el de la especie, la distracción mediante maniobras fraudulentas de incumplimiento de una obligación de depósito de fondos público, es el elemento objetivo típico del delito de peculado bancario presente en el caso motivo de juzgamiento que es una infracción de resultado cortado o anticipado

como lo señalan entre otros autores, Carlos Aránguez Sánchez y Antonio Cancino, ya que la conducta omisiva con intención de perjudicar, propia de la especie, patentiza el dolo del infractor orientado a apropiarse indebidamente de fondos que corresponden a la sociedad ecuatoriana y, en particular, en una porción a la Defensa Nacional, lo cual agrava la figura típica; más aún, en el caso analizado, el recurrente incumplió normas legales propias de la naturaleza de la actividad financiera, conglobadas como lo indica Eugenio Raúl Zaffaroni, en relación a la norma penal irrespetada, que es el peculado previsto en el Art. 257 del Código Penal, debiéndose tener en cuenta, que es una conducta, de comisión por omisión, al no haber depositado en el plazo legal, fondos que no podían permanecer fuera de ese plazo en la entidad bancaria, porque no eran de su propiedad, sino del Estado Ecuatoriano; al no realizar el depósito se cometió el delito de que peculado bancario no es una simple omisión, sino una disposición arbitraria de fondos públicos. Tampoco es admisible la alegación del recurrente. De que se trataba de un incumplimiento de un contrato mercantil, puesto que el depósito de los fondos a cargo del recurrente, es una obligación de derecho público, y no de derecho privado, en donde cabe remitirse a un contrato que regula convenciones por intereses particulares; aquí se trata de un negocio jurídico regido por el Derecho Público imperativo, que no admite alegaciones que pertenecen al ámbito del Derecho Privado; lo cual por afirmación del propio recurrente demuestra su conducta dolosa al no haber depositado los fondos públicos como jurídicamente tenía la obligación ineludible de hacer. Por fin, el Tribunal Penal en su sentencia, condena al recurrente a la pena de "nueve años de prisión correccional", en consideración a la edad de sesenta y cinco años del recurrente, y a las atenuantes aplicables al caso, haciendo notar la Sala que se trata de una imprecisión de redacción, que en nada viola disposición legal alguna, puesto que la pena prevista en la Ley, es la que corresponde a la impuesta en la sentencia para el delito de agravado por tratarse de fondos que corresponden también a la Defensa Nacional, tipo agravado por una constitutiva de infracción de peculado que por las reglas del Art. 72, 73 y 74 del Código Penal, admiten la aplicación de atenuantes como lo ha hecho el Tribunal Penal, la pena en este caso es de reclusión como lo determina la ley, pero que se la debe cumplir en régimen penitenciario de prisión y no de reclusión, en cumplimiento de la excepción legal del Art. 57 del Código Penal, por la que a los mayores de sesenta años se les debe condenar a cumplir la pena de reclusión, en régimen de prisión, como lo ha hecho el Tribunal Juzgador, es decir en acatamiento a lo dispuesto por la norma, lo que excluye evidentemente cualquier alegación de una violación legal en la sentencia, también en el

aspecto que se deja señalado. Por todas estas consideraciones la Segunda Sala de lo Penal ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso. Notifíquese.

f) Drs. Arturo J. Donoso Castellón.- Milton Moreno Aguirre.- Jorge Andrade Lara.
(Conjuez Permanente).

ANEXO 2
DELITO DE PECULADO BANCARIO
BANCO DE PRESTAMOS

Publicado: Gaceta Judicial 14

Fecha: 5 de julio del 2004

El delito de peculado se halla tipificado en la legislación nacional desde 1837, para sancionar a funcionarios y empleados públicos que hayan abusado de dineros públicos entregados a su custodia. Sucesivas reformas extendieron la responsabilidad penal por peculado también a quienes abusen de fondos privados o de efectos que representen dinero, tales como títulos, documentos y bienes muebles, ya estén en su poder materialmente, ya en poder de administrarlos en razón del cargo, sea que el abuso implique beneficio personal o de terceros, determinándose como abuso el desfalco, la

disposición arbitraria, la malversación de fondos, y formas semejantes; habiéndose posteriormente definido las circunstancias en las cuales la malversación constituye peculado, para después, suprimir la malversación como forma de peculado; y, luego tipificarse el peculado por uso de información reservada, por uso del personal de las entidades públicas, y el peculado por adjudicación o celebración de contratos de ejecución de obras públicas o prestación de servicios públicos sin cumplir requisitos legales. En cuanto al sujeto activo, se amplió la imputabilidad del delito de peculado primeramente a las personas encargadas de prestar un servicio público; después a los empleados de los bancos y cajas de previsión; más tarde a los dignatarios de elección popular y en general a todo servidor público, seguidamente a todo servidor bancario que maneje fondos de la entidad en la que presten sus servicios; a los particulares que sin la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito o de sus resultados; y, últimamente a los vocales de directorios o consejos, administradores, funcionarios, ejecutivos y empleados de todas las instituciones del sistema financiero nacional (no solamente de los bancos) que no tengan el manejo de fondos, pero hubiesen contribuido al cometimiento del delito, en razón de sus cargos.

Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4600.

(Quito, 5 de julio de 2004)

RESOLUCION DEL RECURSO DE CASACION.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 5 de julio del 2004.- las 11h30.

VISTOS.- En la causa signada en esta Sala con el número 210-2002-MG, el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha dictó sentencia condenatoria en contra del economista José Alejandro Peñafiel Salgado, por encontrarle responsable, como autor, del delito de peculado que tipifica el artículo 257 del Código Penal y le impuso la máxima pena prevista en esa norma, esto es ocho años de reclusión mayor ordinaria, considerando demostrada la existencia de ese delito y su responsabilidad penal, por haber publicado en el Diario Hoy, que circula en la ciudad de Quito, el día 22 de junio de 1998, una información, estimada falsa, sobre elevación del capital pagado del Banco de Préstamos S.A., trastocando de modo deliberado, la realidad financiera de dicho

banco, después de haber incurrido en actos fraudulentos de concentración de créditos a empresas vinculadas de propiedad de la familia Peñafiel. El sentenciado economista José Alejandro Peñafiel Salgado dedujo recurso de casación. En la causa signada en esta Sala de Casación con el número 164-2002-RM, el Cuarto Tribunal Penal de Pichincha, reiterando en su fallo el razonamiento del voto de mayoría, contenido en el auto de apertura del plenario dictado por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, que revocó expresamente la inculpación respecto del delito peculado tipificado en el artículo 27 del Código Penal, absolvió al procesado economista José Alejandro Peñafiel Salgado, y declaró que no es aplicable el tipo penal previsto en el artículo 257 del Código Penal para sancionar el abuso de los fondos del Banco de Préstamos S.A. imputado (por el Ministerio Público y por cuatro personas que formalizaron acusación particular), al economista José Alejandro Peñafiel Salgado; por considerar el juzgador, que aún en el caso de que hubieren sido realizados por el procesado actos punibles de disposición arbitraria de esos fondos, no es pertinente el artículo 257 del Código Penal, por lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Política que limita el delito de peculado a los dignatarios de elección popular, funcionarios o empleados públicos, y a los particulares que participen con un funcionario público en el cometimiento del delito. Como el auto de apertura del plenario presumía que el procesado y otros acusados habrían cometido los delitos tipificados en los artículos 576 e inciso tercero del artículo 363 del Código Penal, el Cuarto Tribunal Penal analizó las pruebas incorporadas al proceso, así como la aplicabilidad de estas normas; y, declaró no demostrada, conforme a derecho, la existencia del delito de quiebra y no sancionable la falsedad en informaciones financieras por haberse ya juzgado esa infracción por la Superintendencia de Bancos e impuesto penas pecuniarias, sin que sea posible sancionar a persona alguna dos veces por los mismos hechos, razones por las que expidió sentencia absolutoria de ambos delitos, a favor del economista José Alejandro Peñafiel Salgado, sentencia que fue impugnada tanto por el señor Agente Fiscal de la Unidad Especial de Investigaciones Financieras del Ministerio Público, como por el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor por su propios derechos y en su calidad de procurador común de los acusadores particulares. Los recursos de casación, por sorteo de ley, fueron remitidos a esta Primera Sala de lo Penal, que mediante providencia expedida el 17 de febrero del 2004, decidió acumular en un solo expediente la impugnación del economista José Alejandro Peñafiel Salgado a la sentencia condenatoria en su contra, y los recursos del Ministerio

Público y del procurador común de los acusadores particulares respecto de la sentencia absolutoria a favor del mismo procesado, para dictar un solo fallo de casación por los motivos ampliamente señalados en aquella providencia; y, para hacerlo considera:

PRIMERO.- CODIGO INAPLICABLE. Las causas se iniciaron cuando se hallaba en vigencia el Código de Procedimiento Penal de 1983, y por lo mismo éste debe aplicarse hasta su conclusión, según la Primera Disposición Transitoria del Código de Procedimiento Penal promulgado el 13 de enero del 2000; por ello, cuando en este fallo de casación se mencionan normas del Código de Procedimiento Penal son las que corresponden al Código de 1983.

SEGUNDO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA: Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para decidir las impugnaciones deducidas, por lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política de la República, 373 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 349) y 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL: No se observa violaciones de trámite ni omisión de solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión. La alegación del recurrente José Alejandro Peñafiel Salgado sobre incompetencia de este Tribunal de Casación no tiene competencia para conocer los recursos deducidos por el Ministerio Público y por el procurador de los acusadores particulares, aduciendo que estas impugnaciones fueron deducidas prematuramente, ya que el "término" para interponerlas empezó a correr a partir del 21 de marzo del 2002, puesto que el día anterior fue notificado el auto que negó la solicitud de ampliación de la sentencia, habiéndose violado en la providencia que concede los extemporáneos recursos, el artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, lo que en su expresión anula el proceso, por violación del trámite e incompetencia de la Sala de Casación. Esta alegación carece de asidero legal, puesto que el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, supletoriamente aplicable en el proceso penal, dispone que "Los recursos propuestos dentro de los tres días siguientes a la citación o notificación de una providencia, se tendrán por legal y oportunamente interpuestos, no obstante el hecho de presentarse solicitud de ampliación, reforma, aclaración o revocatoria de la providencia recurrida..."

CUARTO.- IMPUGNACION DEL MINISTERIO PUBLICO: De la sentencia absolutoria dictada por voto de mayoría del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, interpuso recurso de casación el señor Agente Fiscal de la Unidad Especial de Investigaciones Financieras del Ministerio Público, fundamentado en tiempo legal por el señor Ministro Fiscal General Subrogante, en escrito de fojas 17 a 29 vuelta del expediente 164-2002 RM, alegando violación de la ley en la sentencia, por no haberse aplicado el inciso tercero del artículo 363 del Código Penal que reprime "a quien publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto cualquiera que hubiere sido su propósito al verificarlo"; por lo que aduce el juzgador que la Superintendencia de Bancos ya sancionó esta infracción, imponiendo penas pecuniarias, y que ninguna persona pueda ser juzgada o penada dos veces por el mismo hecho, por prohibirlo el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal y la Constitución Política del Estado en su artículo 24 numeral 26; y por no haberse aplicado el artículo 257 del Código Penal, que tipifica el delito de peculado, omisión atribuible a errónea interpretación de esta norma legal, y a defectuosa valoración de la prueba incorporada al proceso, con infracción de los artículos 61 y 64 del Código de Procedimiento Penal, dando por resultado que se haya absuelto al procesado, en contravención al inciso segundo del artículo 326 ibídem, pues habiéndose comprobado la existencia material de los delitos previstos en los artículos 257 y 326 del Código Penal, así como la responsabilidad de Alejandro Peñafiel Salgado, Presidente Ejecutivo del Banco de Préstamos S.A. debió ser condenado a la pena máxima de ocho años de reclusión mayor ordinaria, establecida en el artículo 257 del Código Penal, en aplicación del numeral 2 del artículo 81 ibídem, que ordena imponer la pena señalada para el delito más grave, cuando concurra un delito de prisión correccional con otro delito de reclusión. Observa el señor Ministro Fiscal General Subrogante, que el juzgador en el fallo absolutorio. "Establece que el accionar de José Alejandro Peñafiel Salgado, no se adecua al tipo previsto en el artículo 257 del Código Penal considerando que esta norma no es aplicable, entre otras razones jurídicas porque la Constitución Política de la República en su artículo 121 exige apropiación indebida de fondos, bienes o recursos públicos y que en tal apropiación haya intervenido el sujeto inculcado a título de funcionario público o las personas determinadas en dicha norma constitucional; y, que quienes no tengan estas calidades solo podrán inculparse por el delito de peculado, cuando ha participado en el delito cometido por un funcionario público". El recurrente censura especialmente la consideración hecha por el Tribunal

Cuarto de lo Penal de Pichincha, sobre que "la acusación del señor Agente Fiscal, de infringir los límites de crédito previstos en el Art. 73 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ha sido desvanecida por la propia contestación de la Superintendencia de Bancos y porque del proceso no aparece la resolución del órgano de control, que determine cuáles son las personas vinculadas como establece el último inciso del Art. 74 de la Ley ibídem, enervándose de esta manera no sólo la inculpación de una conducta que se adecúe a las personas que consten en la excitativa fiscal, sino en los artículos 72, 73, 74, 75 y 76 de la citada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, pues es requisito para la imputación de estos hechos, demostrar el otorgamiento de créditos en un límite superior al establecido por dichas normas y demostrar que éstos se hayan concedido dentro de los ciento ochenta días anteriores a la declaración de la liquidación forzosa, al tenor del literal h) del Art. 134 (hoy 132) de la susodicha ley y que además esta conducta haya sido reiterada, esto es...de tal grado y magnitud que esté en proporción con el monto y frecuencia de sus transacciones". En réplica a ese argumento de dicho Tribunal inferior, el Ministro Fiscal Subrogante en el apartado TERCERO de su escrito de fundamentación, manifiesta que el fallo impugnado "desestima sin ningún razonamiento jurídico los medios probatorios que constan de fojas 1 a 196 de los autos, violando el juzgador con este procedimiento el Art. 64 del Código de Procedimiento Penal, pues el juicio de valor que contiene la parte dispositiva del fallo no es el resultado del análisis conjunto de las pruebas examinadas, toda vez que sólo hace un análisis parcial para favorecer a Alejandro Peñafiel Salgado a fin de determinar que no aparecen respecto del encausado elementos constitutivos de su responsabilidad"; por lo que pide a esta Sala de Casación considerar que el juzgador inferior no calificó la prueba en su conjunto y no aplicó las reglas de la sana crítica, violando las leyes reguladoras de la apreciación de las pruebas, lo que hace procedente su reexamen, particularmente de los documentos y testimonios que puntualiza en el escrito con el cual sustenta el recurso.

QUINTO.- RECURSO DE LOS ACUSADORES PARTICULARES: De la sentencia absolutoria, dictada en voto de mayoría de los vocales del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, recurre también el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, por sus propios derechos y como procurador común de los acusadores particulares: Nelita María de Faria Dos Santos de Aulestia, Guillermo Serrano Serrano y Guillermo

Gándara Gallegos, apoyándose en disposiciones de la Ley de Casación - inaplicables en una causa penal-, pero también en el artículo 375 del Código Procesal Penal de 1983 y en el artículo 352 del Código vigente. El recurso fue presentado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, siendo concedido y admitido por oportunamente deducido y por estar basado, entre otras normas, en el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, aspecto jurídico que desvirtúa la alegación del procesado sobre improcedencia de este recurso. El recurrente señala que las disposiciones legales violadas en la sentencia son los artículos 257 (peculado) y 576 (quiebra) del Código Penal, en relación con los artículos 131 y 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Señala como razones de su impugnación: el error de derecho del Cuarto Tribunal Penal al considerar como no aplicable al procesado el artículo 257 del Código Penal, arguyendo (el Tribunal Penal) que al tiempo de la comisión del delito acusado no eran sujetos activos de peculado los administradores de los bancos privados. Por el contrario, el impugnante señala que por reforma al artículo 257 del Código Penal, realizada mediante Decreto Supremo Nro. 1429 publicado en el Registro Oficial número 337 de 16 de mayo de 1977, ya se estableció como sujeto activo del delito de peculado a los servidores que manejen fondos de los bancos privados cuando abuse de ellos. Expresa estar comprobada la existencia material del peculado y de manera concurrente las infracciones a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, sancionables como quiebra, así como la responsabilidad penal del procesado en calidad de autor, por ser el único representante legal con capacidad para obrar" sin el concurso de ningún otro funcionario", al tenor del nombramiento que obra de autos; y, que la demostración de la existencia de los delitos concurrentes y de la autoría del procesado, se ha realizado principalmente con la prueba instrumental incorporada al proceso, la cual revela balances y estados financieros falsos; ocultamiento de información; no registro de determinadas transacciones; existencia de faltantes en la cuenta de inversiones; concentración de créditos a las empresas del grupo denominado Peñafiel; operaciones no registradas con firmas vinculadas; concesión de créditos rebasando los límites que señala la ley; triangulaciones; niveles de morosidad elevados; deficiencia de provisiones; no pago de cheques por insuficiencia de fondos; publicación de una información de aumento de capital pagado sin ser cierto dicho aumento, y todo esto, para apropiarse el procesado de los fondos del Banco o hacerlos apropiarse por terceros, en perjuicio de los depositantes, lo que constituye peculado o para ocultar su

cometimiento. Concluye la fundamentación del recurso, con la petición de que se condene al procesado sancionándole con la pena por el delito más grave de todos los cometidos, esto es la prevista en el artículo 257 del Código Penal, y que además se le imponga - de conformidad con lo dispuesto por los artículos 318 y 329 del Código de Procedimiento Penal- la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a los acusadores particulares, que -dice- fuimos perjudicados, toda vez que "solamente el 10 de mayo del 2000, fue posible realizar una negociación, con pérdida del 26% con el Banco Solidario, que, a su vez negoció nuestras acreencias o papeles fiduciarios...".

SEXTO.- IMPUGNACION DEL PROCESADO: El economista José Alejandro Peñafiel Salgado, al contestar los escritos de fundamentación de los recursos deducidos por el Ministerio Público y por el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, así como en el escrito de fundamentación de su propio recurso de casación, manifiesta: 1. El numeral 1 del artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 595 de 12 de junio del 2002 derogó expresamente, el Título XI de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control -LOAFYC-, expedida con Decreto Supremo Nro. 1429, publicado en el Registro Oficial Nro. 337 de 16 de mayo de 1977. Observa que el artículo 396, que integra dicho Título XI, contiene los textos sustitutivos de los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal, referentes al delito de peculado, los mismos que, en consecuencia - dice- se hallan derogados; y, que el inciso tercero del artículo 2 del Código Penal, dispone, en forma clara y expresa, que: "deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones", por lo que no puede ser juzgado ni condenado por el delito de peculado ahora inexistente por su derogación expresa; 2. Que el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor y, sus representados, no son parte en este juicio, toda vez que la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, en el auto de apertura del plenario de 24 octubre del 2001, declaró determinada su intervención procesal; y, por lo tanto, los "acusadores particulares", no tienen derecho para interponer el recurso de casación, siendo el presentado absolutamente improcedente; 3. Que la "venta ilegítima de activos": así calificada por el funcionario de la Superintendencia de Bancos y el Fiscal, a la venta de cartera que hizo el Banco de Préstamos a Moratelo S.A., fue legal, válida, lícita, como lo fue la venta de cartera del Banco Popular hecha por la AGD al Banco de Pichincha, habiéndose calificado subjetivamente el acto jurídico del Banco de Préstamos como ilegítimo por el hecho de

que lo hizo Alejandro Peñafiel; 4. Que de conformidad con la disposición imperativa contenida en el artículo 2 del Código Penal, nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida, debiendo la infracción estar declarada y la establecida con anterioridad al acto, por lo que el recurrente sostiene que no puede imputársele el delito de peculado que se hizo extensivo a los administradores de las instituciones del sistema financiero por reforma al artículo 257 del Código Penal, según Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial 190 de 13 de mayo de 1999, esto es, con posterioridad a la realización de los actos calificados ilegalmente como disposición arbitraria y abuso de fondos del Banco de Préstamos S.A., delito hasta entonces imputable sólo a quienes sean servidores públicos; y, citando a Pérez Borja expresa: "Los elementos constitutivos de este crimen son: 1ro. El culpable debe ser funcionario o empleado público o una persona encargada de un servicio público; 2ro. Que el culpable haya abusado de los efectos determinados en el Art. 225 (257); y, 3ro. Que el dinero o efectos se encuentren en poder del empleado o de la persona encargada de un servicio público en virtud o razón de su cargo", recalando Peñafiel Salgado que los funcionarios o empleados de una institución bancaria, no son funcionarios o empleados públicos, y que los fondos con que éstas actúan, no son fondos públicos, pues éstos provienen del Presupuesto General del Estado, asignados a entidades públicas por medio de las correspondientes partidas presupuestarias; y, por ello, agrega, el artículo 121 de la Constitución Política del Estado, señala que: "Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado... quienes estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito...", lo que significa según esta apreciación del recurrente, que solamente los funcionarios públicos pueden ser reos de peculado . Quienes no son funcionarios públicos, para ser procesados por peculado deben haber participado en hechos en los que necesariamente intervino un funcionario público; 5. Que para extender el peculado a los servidores de los bancos, el Congreso Nacional se vio obligado a reformar el texto del artículo 257 del Código Penal, y para ello dictó la Ley Nro. 99-26, publicada en el Registro oficial Nro. 190 de 13 de mayo de 1999, por lo que, solamente después de la reforma del 13 de mayo de 1999, los funcionarios de los bancos (sic)privados pueden ser juzgados por el delito tipificado en el artículo 257 del

Código Penal, siendo inconstitucional e ilegal aplicar las reformas contenidas en la ley 99-26 expedida en 1999, con carácter retroactivo, sobre actuaciones realizadas en agosto de 1998; 6. Que no puede imputarse al procesado el delito que tipifica el artículo 576 del Código Penal, porque el Banco de Préstamos no ha quebrado y aunque ello fuera cierto, tal quiebra no ha sido calificada de fraudulenta por un Juez de lo Civil, de conformidad con lo establecido en los artículos 518 y 520 del Código de Procedimiento Civil, relacionados con el artículo 576 del Código Penal, sin que pueda procesarse penalmente a persona alguna sin cumplir dicho requisito de prejudicialidad, y habiéndoselo hecho, se ha incurrido en violación del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal; 7. Que el Segundo Tribunal Penal, que le condenó por el delito de peculado aduciendo que esta infracción penal se cometió por haberse publicado la Resolución del Director del Banco de Préstamos sobre aumento del capital pagado, publicación realizada en el Diario Hoy el 22 de junio de 1998, revela el absoluto desconocimiento de fiscales y jueces sobre la legislación societaria y bancaria que regula el capital de las sociedades anónimas del sistema financiero, y la forma como se lo incrementa. Alejandro Peñafiel Salgado señala también que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la Ley de Compañías, las sociedades anónimas bancarias tienen un capital autorizado, un capital suscrito y un capital pagado; y, que la Junta General de Accionistas del Banco de Préstamos S. A., elevó el capital autorizado en ciento treinta mil millones de sucres para totalizar trescientos cincuenta mil millones de sucres, ya que antes de la elevación, el capital autorizado era de doscientos veinte mil millones de sucres y la Superintendencia de Bancos aprobó la elevación del capital autorizado fijándolo en trescientos cincuenta mil millones de sucres, mediante resolución que se ordenó publicar en la prensa, porque así manda la ley. Menciona dicho recurrente que cuando la Junta General de Accionistas del Banco de Préstamos S. A. aumentó el capital autorizado, recomendó al Directorio que se aumente el capital pagado en veinte mil millones de sucres para que se llegue a un monto de doscientos veinte mil millones de sucres, pero aquella no era más que una recomendación al Directorio, pues según la Ley y el Estatuto del Banco, el Directorio es el órgano competente para determinar el monto del capital suscrito y del capital pagado, dentro de la cuantía del capital autorizado; y por ello, el Directorio en ejercicio de sus facultades resolvió aumentar el capital suscrito en ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, a ser pagado la mayor parte en numérico (aportes en dinero) al momento de suscripción de las acciones, y el saldo, mediante atribución de

acciones por capitalización de utilidades no distribuidas y de reservas por revalorización del patrimonio, lo que significa que también se elevó el capital en ciento sesenta mil un millones doscientos mil sucres, rebasando la recomendación de la Junta de Accionistas, sin que eso -señala- constituya ni siquiera una falta administrativa, por ser el Directorio del banco, el órgano competente para fijar el monto del capital suscrito y del capital pagado. Peñafiel Salgado expresa que de conformidad con la Ley, para asegurar el derecho preferente de suscripción que tienen los accionistas en proporción a su aportes, a fin de que no disminuyan sus porcentajes de participación accionaria, el representante legal del banco debe publicar un aviso en el que se haga conocer las resoluciones del órgano de administración por las cuales se haya decidido la elevación del capital; y que, dicho aviso de aumento de capital fue publicado en el Diario Hoy, porque así ordena la ley, sin que aquello es delito al tenor del artículo 18 del Código Penal que dice: "No hay infracción cuando el acto está ordenado por la Ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente". Puntualiza que si no llega a suscribir y pagar las acciones emitidas con ocasión de un aumento de capital, su efecto es simplemente el de no perfeccionarse el acto societario, lo que entonces da lugar a que se reduzca el capital autorizado; pero si se cubre el capital suscrito y las acciones no se pagan, entonces el Banco tiene la opción de sacar a remate las acciones suscritas no pagadas, exigir el pago al accionista en mora mediante juicio ejecutivo, o reducir el capital. Manifiesta que el aumento de capital del Banco de Préstamos S.A. no llegó a perfeccionarse porque se hizo pública la decisión de iniciar el proceso de liquidación forzosa, lo que originó desconfianza y desmotivó a los accionistas e inversionistas; y que, atribuir responsabilidad penal al sentenciado por la publicación del aviso que manda la ley, y por la no suscripción y pago de las acciones que debían hacer los accionistas del banco, y más aún, imputándole el delito de peculado, "es una atrocidad jurídica" que implica violación del artículo 257 del Código Penal aplicada al procesado, sin que haya el más remoto indicio de la existencia de ninguno de los elementos que configuran este delito y peor la responsabilidad de José Alejandro Peñafiel Salgado, cuya actuación se limitó a ordenar la publicación de la resolución de la Superintendencia de Bancos que fijó el capital autorizado del Banco de Préstamos S.A. en trescientos cincuenta mil millones de sucres; a firmar el aviso de elevación del capital suscrito y pagado del banco para que sus accionistas ejerzan sus derechos; ordenar su publicación, como manda la Ley.

SEPTIMO.- NO HAY PECULADO POR LA UBICACION DEL AUMENTO DE CAPITAL DEL BANCO DE PRESTAMOS S.A.: La sentencia condenatoria expedida por el Segundo Tribunal Penal de Pichincha, impugnada mediante el recurso de casación por el sentenciado José Alejandro Peñafiel Salgado, se sustenta -como demostración de peculado - en la publicación de un aviso realizada en el Diario Hoy, uno de los de mayor circulación en la ciudad de Quito, edición del día lunes 22 de junio de 1998, aviso, cuyo título dice: "EL BANCO DE PRESTAMOS AUMENTA SU CAPITAL PAGADO EN CIENTO SESENTA MIL MILLONES DE SUCRES, EQUIVALENTES A TREINTA MILLONES DE DOLARES". Tal publicación tiene como detalle informativo promocional: "Con este aumento, su capital pagado total asciende a trescientos cincuenta mil millones de sucres, que equivalen a sesenta y siete millones de dólares, y permite al Banco consolidarse como el cuarto banco de mayor capital pagado del país. Este aumento de capital es una demostración de la confianza que los accionistas tienen en el Ecuador y de su compromiso con los clientes del banco" El juzgador inferior agrega que en la misma página del Diario Hoy, aparece reproducida en facsímil la resolución de la Superintendencia de Bancos Nro. SB-INBGF-98-0779 de 17 de junio de 1998, mediante la cual se aprobó el aumento de capital autorizado del Banco de Préstamos, y que se publica también el aviso a los accionistas para que suscriban las acciones del aumento de capital por ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres y la forma de su pago, según resolución del directorio de la entidad adoptada en sesión celebrada el 18 de junio de 1998. Considera el Segundo Tribunal Penal de Pichincha, que aquella publicación se realizó apartándose del contexto íntegro de la mencionada resolución de la Superintendencia de Bancos, que dispuso el aumento de capital autorizado en ciento treinta mil millones de sucres, mientras que, la publicación alude al acta de la sesión del directorio para publicitar un aumento de capital pagado. Sobre el particular expuesto, la Sala de Casación encuentra que hay violación de la Ley en la sentencia condenatoria por declarar que hay peculado por haberse efectuado aquella publicación, que no es un indicio, peor una prueba de disposición arbitraria, desfalco, u otra forma semejante de abuso de fondos, por más que el detalle informativo - promocional puesto en el aviso a los accionistas para que suscriban y paguen el aumento de capital resuelto por el directorio, por emplear en tiempo presente los verbos ascender y permitir, cuando debieron usarse en futuro, da lugar a que ese detalle no guarde conformidad con la realidad, pues se da entender como ya pagado el aumento cuando recién se

iniciaba el proceso de suscripción y pago de las acciones. Se aprecia en la sentencia impugnada que el juzgador de primer nivel y la Sala que dictó el auto de apertura del plenario, inobservaron las normas legales que regulan el capital de los Bancos, y los procedimientos pertinentes para su incremento, confundiendo los conceptos de capital autorizado, capital suscrito, y capital pagado, particularmente los jueces del Segundo Tribunal Penal que sostienen en su fallo, que el aviso para la suscripción y pago del aumento en ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, sale del contexto de la resolución de la Superintendencia de Bancos que aprobó la elevación del capital autorizado en ciento treinta mil millones de sucres. El capital autorizado se fija por la Junta General de Accionistas del Banco y se lo aprueba mediante resolución de la Superintendencia de Bancos, que debe publicarse en un diario de mayor circulación del lugar en el que tenga su domicilio principal el Banco. El capital autorizado es el monto total al que puede llegar el capital suscrito, esto es el capital que efectivamente tomen los accionistas, a través de la suscripción de las acciones. El capital suscrito puede llegar al monto del capital autorizado, pero obligatoriamente tiene que ser por lo menos el 50% del capital autorizado. El capital suscrito puede elevarse hasta llegar al monto del capital autorizado por simple decisión de los órganos administradores del banco, sin que se requiera aprobación expresa de la Superintendencia de Bancos. El capital pagado es la porción del capital suscrito que efectivamente ha sido aportada por los accionistas, el cual no puede ser inferior al 50% de las acciones tomadas a la fecha de la suscripción, debiendo pagarse el saldo en el lapso de un año, o antes si así lo resolviera el Directorio por los motivos que establece la ley. El Estatuto Social del Banco de Préstamos S.A. 1. regula el incremento del capital de este banco, en los artículos 5 y 6, que dicen: "...El capital autorizado podrá elevarse en cualquier tiempo por resolución de la Junta General de Accionistas, previo el cumplimiento de las formalidades legales y estatutarias. Los aumentos del capital suscrito hasta llegar al monto del capital autorizado, serán aprobados observando las formalidades legales, por el Directorio del Banco, el que emitirá en cada caso un reglamento en el que se determinen las condiciones para la suscripción y pago de las nuevas acciones..." (artículo 5). "Cuando se resolviere aumentar el capital, los accionistas tendrán derecho preferente a suscribirlo, en proporción a las acciones pagadas que posean, siempre que lo hagan en los términos o plazos que acuerde el Directorio, de conformidad con la Ley..." (artículo 6). Consta de autos que la Superintendencia de Bancos aprobó la elevación del capital autorizado del Banco de Préstamos S.A. en ciento treinta mil

millones de sucres, para que éste alcance a trescientos cincuenta mil millones de sucres, y que, considerando el monto tope del capital autorizado, el Directorio del Banco, en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, vista su situación financiera, resolvió que el capital suscrito también se eleve hasta el monto del capital autorizado, y se pague la totalidad del capital suscrito mediante, aportes en numerario, a la suscripción de las acciones, por la cantidad de ciento cincuenta y cinco mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, mediante revalorización del patrimonio, en la suma de cuatro mil millones de sucres; y, por resultados acumulados, la suma de un mil millones de sucres, señalándose en el aviso que los accionistas deberán ejercer su derecho preferente de suscribir acciones dentro de los treinta días posteriores a la publicación. La resolución del directorio para que se pague por los accionistas o se atribuya a ellos la totalidad de las acciones suscritas, implica, desde luego, que el directorio decidió también incrementar el capital pagado en ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, para que llegue a ser igual que el capital autorizado de trescientos cincuenta mil millones de sucres. Lo que hizo el procesado fue cumplir la disposición legal que manda publicar un aviso a los accionistas para que ejerzan, en treinta días, su derecho de suscripción, cuando el organismo estatutario competente hubiese resuelto el aumento del capital suscrito, señalando en el aviso la forma de pago de las acciones, acorde con la resolución del Directorio. Ejecutar un acto que ordena la ley, no puede ser imputado como delito, como alega el procesado recurrente al fundamentar su impugnación, alegación que se la estima procedente -solo en este aspecto- porque en la sentencia recurrida el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha hace errónea interpretación y falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal, al condenar al acusado sin existir el delito de peculado en el acto de publicar el aviso que la ley dispone cuando se eleva el capital de una sociedad anónima bancaria, pese a que en el presente caso, la publicación se haya efectuado con un texto de contenido inductivo, para interpretaciones diferentes a la esencia de lo resuelto por la Superintendencia de Bancos o por el Directorio del Banco.

OCTAVO APLICABILIDAD DEL ARTICULO 257 DEL CODIGO PENAL A SERVIDORES DE UN BANCO, QUE ABUSEN DE SUS FONDOS El delito de peculado se halla tipificado en la legislación nacional desde 1837, para sancionar a funcionarios y empleados públicos que hayan abusado de dineros públicos entregados a su custodia. Sucesivas reformas extendieron la responsabilidad penal por peculado

también a quienes abusen de fondos privados o de efectos que representen dinero, tales como títulos, documentos y bienes muebles, ya estén en su poder materialmente, ya en poder de administrarlos en razón del cargo, sea que el abuso implique beneficio personal o de terceros, determinándose como abuso el desfalco, la disposición arbitraria, la malversación de fondos, y formas semejantes; habiéndose posteriormente definido las circunstancias en las cuales la malversación constituye peculado, para después, suprimir la malversación como forma de peculado; y, luego tipificarse el peculado por uso de información reservada, por uso del personal de las entidades públicas, y el peculado por adjudicación o celebración de contratos de ejecución de obras públicas o prestación de servicios públicos sin cumplir requisitos legales. En cuanto al sujeto activo, se amplió la imputabilidad del delito de peculado primeramente a las personas encargadas de prestar un servicio público; después a los empleados de los bancos y cajas de previsión; más tarde a los dignatarios de elección popular y en general a todo servidor público, seguidamente a todo servidor bancario que maneje fondos de la entidad en la que presten sus servicios; a los particulares que sin la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito o de sus resultados; y, últimamente a los vocales de directorios o consejos, administradores, funcionarios, ejecutivos y empleados de todas las instituciones del sistema financiero nacional (no solamente de los bancos) que no tengan el manejo de fondos, pero hubiesen contribuido al cometimiento del delito, en razón de sus cargos. El denominado "peculado bancario" llamado así para distinguir el que se comete en las instituciones del sistema financiero, del que se perpetra en las entidades del sector público, aparece ya en la reforma al entonces artículo 236 del Código Penal de 1938 (hoy artículo 257), efectuada mediante Ley de 8 de octubre de 1941, publicada en el Registro Oficial número 348 de 23 de octubre de 1941, cuyo artículo primero dispone: "El artículo 236 del Código Penal dirá serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o en razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. También están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejen fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión". Tal disposición estuvo vigente hasta el 20 de agosto de 1960, en que entró a regir la Codificación del Código Penal

hecha por la Comisión Legislativa Permanente, publicada en el Suplemento al número 1202 del Registro Oficial de esa fecha, en cuyo artículo 233 se tipificó el delito de peculado, con la siguiente redacción del inciso segundo: "Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejen fondos del Banco Central, del Sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales, y de las Cajas de Previsión Social". En la Codificación del Código Penal publicada en el suplemento al número 147 del Registro Oficial de 22 de enero de 1971, se tipificó el peculado en el artículo 257, sustituyéndose en el inciso segundo (del artículo 233 del código de 1960) los vocablos "y de las Cajas de Previsión Social", por "y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social", manteniéndose como imputables de peculado a los empleados de los bancos comerciales. Cuando se expidió la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el Registro Oficial 337 de 16 de mayo de 1977, por lo dispuesto en su artículo 396, se unificó en el artículo 257 del Código Penal las disposiciones hasta entonces contenidas en los artículos 258 y 259 ibídem, y se redactó el inciso tercero del artículo 257 al tenor siguiente: "Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados....". Este texto del inciso tercero del artículo 257 quedó incorporado al Código Penal, de modo que, al derogarse el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (por lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 595 de 12 de junio del 2002), en nada se afectó al Código Penal, cuerpo normativo independiente, cuyo artículo 257 no fue derogado de manera expresa ni en forma tácita, por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, algunas de cuyas normas se remiten precisamente al artículo 257 del Código Penal. Más, como surgió alguna inquietud en el foro y en la prensa sobre los efectos de la derogatoria del artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en relación con la vigencia del artículo 257 del Código Penal, el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia expidió la Resolución publicada en el Registro Oficial número 604 de 25 de junio 2002, mediante la cual se declaró que no había dejado de regir la norma punitiva que tipifica y reprime el peculado. Nadie ha impugnado la constitucionalidad, legalidad y validez de esta resolución, que es de obligatoriedad general hasta cuando el legislador, mediante ley, disponga lo contrario, y el Congreso Nacional ninguna ley ha expedido que deje sin efecto la Resolución de la Corte Suprema, dictada al amparo y según lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley

Orgánica de la Función Judicial; ni el Tribunal Constitucional ha declarado su inaplicabilidad o inconstitucionalidad. Por reformas (publicadas en el Registro Oficial número 863 de 16 de enero de 1996) a la Constitución Política de 1979, aprobada mediante referéndum, se extendió la imputabilidad en el cometimiento del delito de peculado a las personas naturales que sin tener la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito debiendo sancionárseles según su grado de participación. El inciso segundo del artículo 121 de la actual Carta Política reitera la norma constitucional vigente desde enero de 1996, preceptuando que "Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho; concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aún en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad". Que la Constitución Política de la República haya reafirmado la responsabilidad penal de los dignatarios de elección popular, funcionarios, empleados y en general de los servidores públicos; y, más aún que extienda la responsabilidad penal en el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos a quienes no tenga tal calidad pero hubieren participado en el ilícito, no significa que el legislador constituyente haya derogado el inciso tercero del artículo 257 del Código Penal, que establece responsabilidad penal por el delito de peculado a los servidores de las instituciones financieras que abusen de los fondos encargados a su manejo. Así como la Constitución Política extendió la responsabilidad por peculado a los particulares que participen en el delito, el artículo 19 de la Ley 99-26 promulgada en el Registro Oficial 190 de 13 de mayo de 1999 amplió también la calificación de sujetos activos de peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados y vocales de directorio o de consejos de administración de las instituciones del sistema financiero privado, extendiendo la imputabilidad a quienes, sin tener el manejo de los fondos, pero siendo servidores del sistema financiero, contribuyan en la perpetración del delito; y, esta ampliación del sujeto inculpaible de peculado bancario, no significa que recién el 13 de mayo de 1999 se hubiere tipificado como el peculado el abuso de los fondos encargados al manejo de un administrador bancario, cuando lo cierto es que,

desde la reforma al Código Penal publicada en el Registro Oficial de 23 de octubre de 1941, los empleados de los bancos son sujetos del delito de peculado , y desde la reforma promulgada en el Registro Oficial de 16 de mayo de 1977, son reos de peculado todos los "servidores" de los bancos estatales y privados (no sólo los empleados) que abusen de los fondos que manejen. En anteriores pronunciamientos ya expresó esta Sala, que el bien jurídico protegido por el artículo 257 del Código Penal, más que la propiedad de los bienes para sancionar a quien los sustrae, es el prestigio de la administración pública, y por extensión, el prestigio de los bancos y demás instituciones del sistema financiero, para asegurar la confianza del público y el deber de lealtad del servidor encargado de la custodia de los fondos o del manejo de los mismos, en forma legal y lícita, sin abuso ni arbitrariedad. Desde luego que, cuando además del desprestigio y desconfianza, se causa perjuicio económico patrimonial, la infracción adquiere mayor gravedad, aumenta la malicia del acto y la alarma que la infracción produce en la sociedad. El recurrente economista José Alejandro Peñafiel Salgado, conoce bien porqué el legislador extendió el tipo del artículo 257 del Código Penal para proteger el prestigio y confianza en los bancos, y por ello, en sus escritos presentados a este Tribunal de Casación con el patrocinio del doctor Gerardo Morales Suárez, contradiciendo las tesis expuestas por su otro abogado defensor acertadamente afirma: "Es el interés general de la colectividad y particularmente, la seguridad del público que confía al banco sus recursos, lo que motivó la extensión de este delito al abuso de recursos bancarios, que antes era de exclusividad de la administración pública, y partiendo de evitar un perjuicio social, una alarma social, una afección colectiva y general, es que se tipificó esta conducta dentro de los delitos de bancarios ", y agrega "el peculaco bancario" es un delito mediante el cual, el servidor bancario de una entidad financiera, distrae indebidamente o le da una aplicación distinta del objeto para el cual se le confió, para uso o beneficio propio, objetos, dinero, o bienes en general que pertenecen al banco, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o en cualquier otra forma, traicionando a la confianza y a la normal garantía del público en cuanto a la custodia de los bienes puestos bajo su cuidado, en perjuicio de la seguridad ciudadana y del comercio humano"; y más adelante dice: "el inciso cuarto del artículo 257 del Código Penal hace extensivo el peculado a los administradores, a los ejecutivos, a los miembros o vocales del directorio de las entidades financieras. Esta norma fue creada por la Ley 99-26 publicada en el Registro Oficial 190 de 13 de mayo de 1999. No queremos decir que el

peculado bancario se creó con esta ley, sino que a los administradores y ejecutivos del banco que no tengan la posesión de bienes o dineros, se les hizo extensivo el peculado, con esta ley de mayo de 1999" 2. Ya se mencionó que la norma amplificadora de la responsabilidad por peculado a los "empleados" de los bancos y cajas de previsión data del 23 de octubre de 1941 (Registro Oficial 348 de esa fecha), y que se generalizó para todos los "servidores" que manejen fondos de los bancos estatales y privados, con las reforma al artículo 257 del Código Penal promulgada el 16 de mayo de 1977 (Decreto Supremo 1429 publicado en el Registro Oficial 337 de esa fecha). Por lo expuesto, carecen de fundamento las alegaciones del procesado economista José Alejandro Peñafiel Salgado, de no ser aplicable en su contra el tipo previsto en el artículo 257 del Código Penal en relación con sus actuaciones anteriores al 13 de mayo de 1999, ni tienen asidero alguno sus argumentaciones según las cuales dicho artículo del Código Penal desapareció al derogarse el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, y aquella con la cual afirma que el inciso tercero del artículo 257 del Código Penal, referente a los peculado de los servidores bancarios dejó de existir al entrar en vigencia -el 10 de agosto de 1998- el artículo 121 de la Constitución Política que, según el recurrente, estatuye el peculado sólo para los funcionarios públicos que abusen de fondos de las entidades públicas y para los particulares que participen con un funcionario público en el cometimiento del delito. No existe sustento jurídico para afirmar que una sentencia condenatoria que reprima al procesado José Alejandro Peñafiel Salgado por delito de peculado, pudiera constituir violación de los artículos 24 numeral 1 y 121 de la Constitución Política, y de los artículos 2 y 4 del Código Penal, pues no hay duda alguna sobre la vigencia actual y desde el 16 de mayo de 1977, del inciso tercero del artículo 257 del Código Penal, que es el aplicable al procesado para juzgarle por peculado

NOVENO.- EL PROCESADO ES SUJETO ACTIVO CUALIFICADO PARA EL DELITO DE PECULADO: Definido en el considerando anterior la aplicabilidad del artículo 257 del Código Penal para juzgar los actos del procesado José Alejandro Peñafiel Salgado, acusado de ser autor de peculado por abuso de fondos, cuando ejerció la Presidencia Ejecutiva del Banco de Prestamos S.A., corresponde a esta Sala examinar si en efecto aquellos actos configuran el delito imputado, cuyos elementos constitutivos al tenor del tercer inciso del artículo 257 del Código Penal, son : a) Ser el imputado servidor de un banco estatal o privado; b) Tener por razón de su cargo el

manejo de los fondos del banco; c) haber abusado de esos fondos, mediante desfalco, disposición arbitraria, o cualquier otra forma semejante. Consta de autos que el Banco de Préstamos S.A. es un banco privado; que a la época del abuso, era su Presidente Ejecutivo el economista José Alejandro Peñafiel Salgado, según el nombramiento de fojas 40 de la causa CSJ-PSP-210-2001-MG; y que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 del Estatuto Social del Banco de Préstamos S.A., que consta a fojas 322 y siguientes del proceso CSJ-PSP-164-2002-RM, el Presidente Ejecutivo es representante legal con facultades para manejar sus fondos, existiendo también en autos constancia de que el Directorio de ese banco, no conoció ni autorizó las operaciones financieras que más abajo se indican, a través de las cuales se cometió el delito de peculado, las que consecuentemente son atribuibles al Presidente Ejecutivo - Representante Legal, puesto que sin su disposición no hubieren sido realizadas, esto desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad que pudieran tener el ex-Gerente General y el ex-Vicepresidente de Contraloría, del Banco de Préstamos S.A., también acusados pero no juzgados por estar prófugos. Es incuestionable que en autos aparece plenamente demostrada la existencia de los dos primeros elementos esenciales para configurar el delito de peculado por haber sido el procesado al tiempo en que se realizaron los actos punibles acusados, servidor de un banco privado -el Banco de Prestamos S.A., -con facultad para manejar sus fondos. Resta entonces analizar si en el manejo de los fondos del Banco de Prestamos S.A., en efecto se abusó de ellos, ya por desfalco, faltantes, disposición arbitraria o formas semejantes.

DECIMO.- PRUEBAS QUE DEMUESTRAN ABUSO DE FONDOS: Del examen de la sentencia absolutoria impugnada, dictada por voto de mayoría de los vocales del Cuarto Tribunal de Pichincha; del análisis del voto salvado consignado por el Presidente del Tribunal Penal; del estudio de los autos en relación con las alegaciones de las partes y de la prueba documental e informes periciales mencionados en el voto salvado, por constar de autos (advirtiendo que no se toma en cuenta las declaraciones de testigos por no estar rendidas en la audiencia de juzgamiento), todo ello para determinar la existencia o no del tercer elemento esencial que configura el delito de peculado bancario, esto es el abuso de fondos por desfalco, faltante, disposición arbitraria, o cualquier otra forma semejante, este Tribunal Supremo de Casación, encuentra plenamente comprobada la existencia del abuso de fondos del Banco de Préstamos S.A., particularmente considerando, entre otros, los siguientes

instrumentos públicos que hacen prueba plena: 1. Oficio INB-98-0037 de enero 8 de 1998, que dice: "Se observa un crecimiento acelerado de la cuenta 1405 "Cartera que no devenga intereses" con tasa de crecimiento mensual del 172,74% lo que en términos absolutos equivale a 45.000 millones entre junio y noviembre/97...". 2. Oficio No. SBINBGF-98-0382 de agosto 6 de 1998, en el que "se dispone que sean recuperados inmediatamente varios préstamos concedidos a empresas vinculadas, especialmente los créditos a Totisa, Tripetrol, Exploration and Product, Compur S.A., Megagrow Investment, cuyas obligaciones en conjunto suman USD \$ 10.833.000 dólares". 3. Memorando interno INBG-98-591 de septiembre 30 de 1998, del Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, en el que se señala, que el total de la deuda de empresas vinculadas ascendería a USD \$ 57,4 millones y S/. 307.380 millones de sucres; 4. Memorando No. INBGF-99-0023 de enero 11 de 1999, suscrito por el Intendente Nacional de Bancos y dirigido al Superintendente de Bancos, que informa "sobre la existencia de créditos al grupo denominado Peñafiel por 94 millones de dólares, de lo cual el nivel de cobranza ha sido nulo". 5. Informe de 17 de noviembre de 1998, suscrito por el Intendente de Bancos y Grupos Financieros Patricio Moreno y por el Experto en Supervisión 2 licenciado Jorge Molina, sobre la triangulación hecha con el Tower Bank de Panamá y con la compañía Moratelo S.A., operación que consistió en lo siguiente: la compañía Moratelo S.A. adquirió cartera del Banco de Préstamos. Con el valor recibido por la venta, el Banco de Préstamos S.A. constituyó inversiones en el Tower Bank de Panamá por catorce millones setecientos mil dólares; a su vez, esta institución bancaria se hizo garantizar con dichas inversiones un préstamo concedido por el Tower Bank a la compañía Moratelo S.A. por un valor similar; como Moratelo S.A. no pagó su deuda, el Tower Bank ejecutó la garantía otorgada por el Banco de Préstamos sobre las inversiones provenientes de la venta de la cartera, lo que en definitiva significa que se entregó la cartera de difícil recuperación del Banco de Préstamos S.A. sin real o verdadero pago de su valor por la triangulación fraudulenta efectuada entre esas instituciones. 6. Triangulación similar a la referida en el numeral anterior entre el Banco Aliado de Panamá, el Banco de Préstamos de las Islas Cayman Ltd. y las empresas panameñas que adquirieron acciones en Cementerio Monte Olivo, Monteolivo S.A., por desinversiones del Banco de Préstamos, con cuyo valor, de la cesión de acciones, constituyó un depósito por treinta millones de dólares en el Banco Aliado, depósito dado en garantía para asegurar el pago de obligaciones de aquellas empresas panameñas, que al no cancelar sus deudas, originaron la ejecución

de la garantía. 7. Memorando INBGF-99-0023 que determina la existencia de sobreprecio del edificio "Madeleine", recibido en dación en pago por 12.000 millones de sucres, cuando el precio real, según avalúo realizado por los peritos designados por la Superintendencia de Bancos, era de S/. 6.832 millones de sucres, siendo el sobreprecio de S/. 5.168 millones de sucres. 8. Oficio SB-INBGF-98-086 de 6 de marzo de 1998, del cual consta el otorgamiento de un crédito por S/. 11.044071.525 sucres, a la Empresa Torrinioli, a diez años plazo, sin intereses y sin garantes. 9. Oficio No. INB-2579 de noviembre 26 de 1996, dirigido a Alejandro Peñafiel, Presidente Ejecutivo del Banco de Préstamos S.A., responsabilizándole por haberse descubierto la existencia de un faltante de 1.980 millones de sucres, sin justificación, dentro del rubro "inversiones". 10. Informe presentado el 13 de noviembre de 1998 por los peritos Luis Campos y Oswaldo Herrera, quienes afirman que "El Directorio del Banco de Préstamos... en ninguna sesión de Directorio ha aprobado operaciones de crédito en beneficio de empresas relacionadas con los principales accionistas y directores del Banco, ni de Moratelo o relacionadas con depósitos en el Tower Bank o el Banco Aliado de Panamá; que el Directorio no aprobó créditos para las compañías Tripetrol, Exploration and Producción Co, Totisa del Ecuador, Trivelia, Arenatours, Tripetrol Mart, Tripetrol Gas, Tripetrol Holding Inc., Tsachil Power Limited, Bank Express Ltda....".

DECIMO PRIMERO.- EXISTENCIA MATERIAL DEL DELITO: El análisis de la prueba instrumental mencionada en el considerando anterior, revela que hubo abuso por disposición arbitraria de los fondos del Banco de Préstamos S.A.. "Abuso", en su acepción general, significa el aprovechamiento de una situación en contra de una persona, en contra de algo, en contra del ordenamiento jurídico, o en contra del convivir social. Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, significa "toda demasía o exceso en el uso y tiene una aplicación conceptual altísima. Puede referirse a situaciones de aprovechamiento injusto, de infidelidad por abuso de la confianza depositada, de prevalencia de un interés sobre otro, etc. Jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial, más allá de lo que resulta lícito por la naturaleza o por la costumbre. Teniendo en cuenta el ordenamiento moral de la sociedad, el abuso se comete cuando se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero, en realidad, se sale de los límites impuestos por la justicia, la honestidad, la ley o la razón" 3... Las formas de

abuso que constituyen peculado, según el artículo 257 del Código Penal, son: el desfalco, la disposición arbitraria y cualquier otra forma semejante. "Disposición", quiere decir: orden, resolución, determinación, decisión; y "arbitrario" significa ilegal, injusto, con maldad, con perversidad, con arrogancia, con prepotencia. Cuando valiéndose del poder que se tiene para manejar los fondos de un Banco, se conceden créditos a empresas vinculadas y se deja de cobrarlos, apartándose de la ley, de la honestidad y de la razón, o cuando se transfiere cartera de créditos o acciones de compañías; aparentando una operación normal, pero en realidad no se recibe el justo precio porque se devuelve lo pagado a través de sus generis operaciones de triangulación, o cuando se recibe en pago de obligaciones, bienes inmuebles sobrevalorados, cuando se dan créditos sin intereses ni garantes, o cuando desaparecen títulos de inversión, es indiscutible que se dispone arbitrariamente de los fondos, se abusa de los mismos y se incurre en el delito de peculado. Todos esos actos se dan en el presente caso, conforme la prueba descrita en el considerando anterior. Así, comprobado que el Banco de Préstamos S.A., fue al tiempo de los hechos un banco privado; que el procesado fue su Presidente Ejecutivo y por tanto servidor de un banco privado; que, manejó los fondos del banco en razón de su cargo; y, que abuso de los mismos, es incontrastable que se ha demostrado, conforme a derecho, la existencia material del delito, con todos los elementos que lo configuran.

DUODECIMO.- RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO: Como ya se dijo, durante el período en que se abusó de los fondos del Banco de Préstamos S.A. quien los manejó, apartándose de las disposiciones legales, de la honestidad y de la razón, sin poner en conocimiento del Directorio de esa entidad financiera las operaciones señaladas en el numeral 10 del considerando anterior, fue el economista José Alejandro Peñafiel Salgado. Su responsabilidad como autor es incontrastable, tanto más que el artículo 40 del Estatuto Social del Banco de Préstamos S.A., preceptúa que el Presidente Ejecutivo será personal y pecuniariamente responsable por operaciones realizadas al margen de la Ley. Es más, el mismo procesado en su escrito presentado a esta Sala, tras señalar que los delitos de peculado son dolosos, por que los desfalcos o las distracciones debidas a negligencia, o impericia, o a inobservancia de normas de comportamiento, no son imputables penalmente, sino que dan lugar únicamente a responsabilidad disciplinaria contable y civil, textualmente señala "El dolo específico en este tipo de delitos, es el ánimo de lucro o el provecho personal que busca el agente

del delito, porque nadie puede dudar que el agente distrajera lo que poseía legítimamente y los fondos del banco, fueron míos, dando como resultado, que no existe apropiación de lo que es mío" 4. Si bien puede considerarse el procesado como el mayor accionista del Banco de Prestamos S.A., por poseer directa o indirectamente a través de otras empresas cuyo capital controla, la casi totalidad de las acciones del Banco de Préstamos S.A., ello no significa que sea dueño del banco, ni dueño de los fondos del Banco, por que las personas jurídicas son independientes de las personas naturales -accionistas que las conforman- y, jamás sus patrimonios pueden confundirse. Reconocer expresamente el procesado, que se apropió de fondos del banco, por que los consideró suyos, y que en la disposición de lo que es propio no hay delito, es admitir libremente, no, sólo que fue autor de los abusos constitutivos del delito de peculado en su provecho personal o de su grupo familiar, con lo que se reafirma la existencia de aquel delito y la responsabilidad del procesado como su autor. En autos consta que la disposición arbitraria de los recursos del banco se hizo también en provecho de terceros, entre ellos a favor de la compañía Moratelo S.A. que por las operaciones de triangulación indicadas en el considerando anterior, recibió cartera del Banco de Préstamos S.A., y en la realidad, nada pagó por ella; a favor de los propietarios del Edificio "Madeleine", beneficiarios del sobreprecio de este inmueble que fue dado en pago por obligaciones adeudadas al banco; a favor de las empresas que adquirieron acciones y derechos en Monteolivo S.A., que por triangulación con el Banco Aliado de Panamá y el Banco de Préstamos Cayman Ltd., se beneficiaron de la cancelación de sus deudas, sin pagarlas; en beneficio de empresas vinculadas, llamado grupo Peñafiel, que no pagaron sus deudas; en provecho de la empresa Torrínoli que obtuvo un crédito significativo a diez años plazo sin intereses ni garantes. Todas esas operaciones, causaron ingentes perjuicios al banco que entró en situación de severa iliquidez que llevó ala Junta Bancaria a ordenar su liquidación forzosa, según resolución JB-98074 de 24 de agosto de 1998.

DECIMO TERCERO.- HAY INFORMES FALSOS E INCOMPLETOS SOBRE LA SITUACION DEL BANCO DE PRESTAMOS S.A. QUE HACEN APLICABLE EL INCISO TERCERO DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO PENAL: El señor Ministro Fiscal General Subrogante impugnó la sentencia absolutoria dictada a favor de José Alejandro Peñafiel Salgado, no solamente por violación del artículo 257 del Código Penal, sino también por no haberse aplicado el

artículo 363 ibídem. El inciso tercero del artículo 363 del Código Penal reprime con prisión de dos meses a dos años al fundador, administrador, director, gerente o síndico de una persona jurídica que publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto, cualquiera hubiere sido su propósito. De autos consta prueba instrumental que acredita la existencia de esta infracción, y entre la más relevante: el Informe complementario suscrito por el Intendente de Bancos y Grupos Financieros señor Patricio Moreno y por el Experto en Supervisión 2, licenciado Jorge Molina, de 17 de noviembre de 1998, acreditando que en las operaciones denominadas de triangulación, "se ocultó la verdadera situación financiera del Banco de Préstamos, aparentando el ingreso de recursos frescos, a través de una tercera empresa, pues una parte de la inversión en el Tower Bank de Panamá fue registrada por el "Banco de Prestamos como fondos disponibles a pesar de tratarse de un depósito" a plazo, procedimiento que... distorsionó especialmente los indicadores de liquidez"; el Memorándum Interno INBGF-98-591 de 30 de septiembre de 1998, que revela que no se reportaron créditos con sujetos de presunción de vinculación, por aproximadamente USD \$ 49,8 millones de dólares y S/. 189.987 millones de sucres, al 30 de junio de 1998, con lo que el total de la deuda de compañías vinculadas ascendería a USD \$ 57,4 millones de dólares y S/. 307.380 millones de sucres"; el Memorando interno número INBGF-591 en el cual se da a conocer que la transacción de venta de inversiones del Banco de Préstamos S.A. al Banco Continental no se encuentra registrada en los libros de contabilidad del banco, y que así mismo, no se han contabilizado avales emitidos por el banco; el Memorando INBGF-98-0805 de 27 de octubre de 1998, suscrito por el Intendente Nacional de Bancos, en el cual se expresa que se ocultó la verdadera situación financiera del Banco de Préstamos en Cayman, al incluir un activo inexistente por treinta millones de dólares, que sirvió para sobreestimar los resultados e incluso apropiarse indebidamente intereses por USD \$ 783.089,28 dólares. El procesado José Alejandro Peñafiel Salgado es responsable de la infracción acusada, por la entrega a la Superintendencia de Bancos de datos falsos o incompletos, contenidos en informes o estados financieros, puesto que él ejerció al tiempo de los hechos la representación legal del Banco; y como tal le correspondía el deber legal de verificar la exactitud de aquellas informaciones, y proporcionarlas a la entidad de control, en razón de su cargo, de conformidad con los artículos 41 y 45 letra k del Estatuto Social del Banco, en concordancia con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Así pues, hay prueba plena y eficaz para que sea condenado como autor del delito que tipifica el

tercer inciso del artículo 363 del Código Penal, sin que para ello obste que el organismo de control hubiera multado al Banco de Préstamos S.A. y sus subsidiarias, en ejercicio de su potestad disciplinaria, y sin que, además sea exacto, que el economista Peñafiel Salgado haya sido juzgado y sancionado con anterioridad por la infracción penal mencionada, porque la Superintendencia de Bancos multó a la institución financiera y no a la persona natural que la representaba; estimándose por lo expuesto, procedente en este aspecto, el recurso deducido por el Ministerio Público y su petición para que se condene al procesado al tenor de lo previsto en el inciso tercero del artículo 336 del Código Penal, infracción que se la considera concurrente con la de peculado coincidiendo con la opinión del señor Ministro Fiscal General Subrogante.

DECIMO CUARTO.- IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DEDUCIDO POR LOS ACUSADORES PARTICULARES: Ya se mencionó que Nelita María de Faria Dos Santos de Aulestia, Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, Guillermo Serrano Serrano y Guillermo Gandara Gallegos, impugnaron el voto de mayoría del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, argumentando que hay violación de la Ley en el fallo, por falta de aplicación de los artículos 257 y 576 del Código Penal, en relación con los artículos 131 y 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. En cuanto a la imputación sobre violación del artículo 576 del Código Penal en concordancia con el artículo 134 de aquella Ley, esta Sala consigna que: los acusadores particulares no imputaron este delito, al presentar y al formalizar sus acusaciones, por lo que carecen de derecho para pedir en casación que se aplique al procesado un tipo penal no acusado. En relación con la alegada violación del artículo 257 del Código Penal, este Tribunal de Casación, luego de examinar el proceso, encuentra que la imputación de peculado se efectuó por los acusadores particulares por considerar que se había abusado de sus fondos -depositados en el Banco de Préstamos S.A.- encargados al manejo del procesado como su administrador principal, y que el abuso consiste en la no devolución de sus depósitos a plazo fijo; vinculando el abuso de los fondos con el ocultamiento o falsedad de informaciones financieras referidas en el artículo 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, vigente al tiempo de los hechos, porque con esas infracciones se escondió el peculado. La imputación de los acusadores particulares parte de un concepto falso, creer que al depositar sus fondos a plazo fijo en un banco siguen siendo los fondos de propiedad de los depositantes y que si se abusa de los fondos de su propiedad se comete el delito de

peculado contra ellos, perjudicándoles directamente, de lo que surge su derecho para acusar el delito y reclamar indemnizaciones. No es así, porque según el artículo 2153 del Código Civil, en el depósito de dinero, si no es en arca cerrada, "cuya llave tenga el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario estará obligado a restituir otro tanto en dinero, de acuerdo con la ley". Es decir, cuando se hace depósito de dinero en un banco a plazo fijo, permitiendo que se lo emplee, lo que en realidad se hace es un préstamo, porque esos depósitos generan intereses, y especialmente por que según el artículo 2126 del mismo Código, es préstamo de consumo (mutuo) la entrega que hace una de las partes a la otra, de cierta cantidad de cosas fungibles (entre ellas el dinero), con cargo de restitución; préstamo que conforme el artículo 2127 ibídem se perfecciona con la tradición y "la tradición transfiere el dominio". Por tanto, el dinero de los clientes del Banco que hacen depósitos, a plazo fijo, pasa a ser de propiedad del Banco, que en contraprestación deba pagar al depositante la suma numérica enunciada en el contrato (en el caso, en el depósito) según el artículo 2129 del Código Civil, y, si por mandato de ley el depósito transfiere el dominio a favor del Banco, el abuso de los fondos del banco no puede ser acusado penalmente sino por el propio banco perjudicado o por el Ministerio Público por tratarse de un delito de acción penal pública. Como los depositantes de dinero en un banco no tienen la calidad de dueños de esos depósitos, no pueden ser ofendidos por el abuso que se haga de los fondos del banco, ni aún en caso de sustracción; y si no son, ni pueden ser considerados como, ofendidos, carecen de derecho para deducir acusación particular, imputando el delito de abuso de los fondos del banco, porque según el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede proponer acusación particular "el ofendido", sus parientes o su representante legal, e indiscutiblemente no pueden ser ofendidos por el delito de abuso de fondos, quien no sea dueño de los fondos abusados. Lo dicho no afecta en nada el derecho de los señores Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, Nelita María de Faria Dos Santos de Aulestia, Guillermo Serrano Serrano, Guillermo Gandara Gallegos, y en general de las personas que depositaron sus fondos en el Banco de Préstamos S.A. para reclamar a esta institución financiera, de ser el caso, la restitución de los depósitos, de conformidad con la ley, a través de la acción civil pertinente.

RESOLUCION: Esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY:

1. Por lo expuesto en los considerandos octavo, noveno, décimo, décimo primero,

décimo segundo y décimo tercero, en razón de que la sentencia dictada por voto de mayoría del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, por ser absolutoria, viola la ley por no haber aplicado los artículos 257 y 336 del Código Penal, y el artículo 326 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, no obstante haberse demostrado la existencia material de esos delitos y la responsabilidad penal de procesado, como su autor, CASA LA SENTENCIA IMPUGNADA, DECLARANDO AL ECONOMISTA JOSE ALEJANDRO PEÑAFIEL SALGADO, AUTOR DE LOS DELITOS CONCURRENTES PREVISTOS EN EL ARTICULO 257 Y EN EL ARTICULO 336 DEL CODIGO PENAL, POR HABER ABUSADO DE LOS FONDOS DEL BANCO DE PRESTAMOS S.A., Y HABER DADO A CONOCER O AUTORIZADO INFORMES FALSOS O INCOMPLETOS SOBRE LA SITUACION FINANCIERA DEL BANCO, provocando -por el cometimiento de esas infracciones concurrentes- gran alarma social, circunstancia agravante prevista en el inciso primero del artículo 30 del Código Penal que impide rebajar la pena pese a que se haya demostrado la existencia de atenuantes; POR LO QUE SE IMPONE AL ECONOMISTA JOSE ALEJANDRO PEÑAFIEL SALGADO LA PENA DE OCHO AÑOS DE RECLUSION MAYOR ORDINARIA señalada para el peculado en el artículo 257 del Código Penal, en relación con la regla primera del artículo 81 ibídem, ordenándose que se descuente de la condena el tiempo que el procesado haya permanecido privado de libertad por las causas que se resuelven en el presente fallo de casación. Al sentenciado José Alejandro Peñafiel Salgado le es aplicable la interdicción dispuesta en el artículo 60 del Código Penal, esto es la suspensión de sus derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena; y, queda incapacitado a perpetuidad para desempeñar cargo alguno en las instituciones del sistema financiero, debiendo el Juez de primera instancia comunicar una vez ejecutoriada esta sentencia a la Superintendencia de Bancos, como dispone el inciso quinto del artículo 257 del Código Penal. 2. Por los motivos expuestos en el considerando séptimo de este fallo, declara procedente el recurso de casación deducido por el economista José Alejandro Peñafiel Salgado, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, por no configurarse la infracción acusada a la que alude dicha sentencia, con la publicación sobre el aumento del capital del Banco de Préstamos S.A. en razón de lo cual se le absuelve de ese cargo por aquella publicación. 3. Por lo señalado en el considerando décimo cuarto, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los acusadores particulares; calificándose de no maliciosas ni

temerarias las acusaciones particulares deducidas. Devuélvase el proceso al Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha para ejecución de esta sentencia. Notifíquese.

f) Drs. Eduardo Brito Mieles.- Carlos X. Riofrío Corral.- Gonzalo Zambrano Palacios.

ANEXO 3

SENTENCIA BANCO POPULAR

En la causa penal No. 1176-00 (93-06), que por el delito de Peculado Bancario se sigue en contra de **LANDES GUERRERO IVAN**, se ha dictado la siguiente **SENTENCIA: TERCER TRIBUNAL DE LO PENAL DE PICHINCHA.-** Quito, 4 de diciembre de 2007.- Las 08H10.- **VISTOS.-** El Juez Quinto de lo Penal de Pichincha, con fecha 4 de febrero del 2000, a las 09h00, dictó auto cabeza de proceso, en contra de Nicolás Landes, sin orden de prisión preventiva, sobre la base de la excitativa fiscal presentada por la Dra. Yolanda Paredes Flores, en su calidad de Ministra Fiscal de Pichincha

Encargada, mediante la cual llegó a su conocimiento que, del contenido del oficio No. IG-INBBGF-2000-082 de 7 de enero del 2.000, enviado al Ministerio Fiscal por el señor Ingeniero Gustavo Muñoz González, Intendente General de la Superintendencia de Bancos en el que adjunta el memorando No. INJ-INBGF-2000-001, de 5 de enero del año, que contiene el Informe presentado por los señores Econ. Pedro Delgado, Intendente Nacional Jurídico Encargado de la misma Superintendencia de Bancos, que se relaciona con las operaciones realizadas entre el West Merchant Bank, Oxidene inc. y CEVAL Inc. de lo que aparece que se habrían configurado las infracciones contempladas en los, literales a) y b) del Art. 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Que según afirman los señores Econ. Pedro Delgado y Dr. Alberto Chiriboga, en base al Informe de Auditoria No CAP-014 de 29 de noviembre de 1.999, los documentos relativos a la operación de financiamiento otorgada por el West Merchant Bank a CEVAL Inc. Y en la que participaron varias compañías pertenecientes o relacionadas al grupo financiero Banco Popular como son: Oxidene Group inc. GFP Income Fund, Banco Popular Ecuador, Banco Popular Internacional Limited y The Jersey Private Bank Trust, se establecieron hechos que hacen presumir la violación de normas legales respecto de las cuales la Superintendencia de Bancos está en la obligación de llevarlas a conocimiento de un Agente Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el Art. 92 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Dentro del mencionado memorando, en el capítulo que se refiere a la descripción de los hechos tenemos que: con el propósito fundamental de que CEVAL, Holding del Grupo Financiero Popular, financie la adquisición de la partición del Banco Popular en el Banco Andino de Colombia y FIVENEZ de Venezuela, dentro de un proceso de escisión, se Instrumentó en 1.998 una operación de financiamiento con el West Merchant Bank que tienen determinadas características, a saber: 1.- En junio 30 de 1.998, la Compañía Oxidene Group Inc., con domicilio en Las Bahamas emitió 6 pagarés a la orden del West Merchant Bank por un valor nominal de USD 115.836 con vencimientos que van desde junio de 1.999 hasta junio del 2.001, como parte de una operación de venta de títulos: El valor de la negociación fue acreditado por las instrucciones del vendedor, a nombre de CEVAL Inc., luego de deducir algunos saldos pendientes a cargo de beneficiario de estos recursos por \$ 55.1 millones. 2.- En la misma fecha, 30 de junio de 1.998, la Cía. CEVAL Inc. en virtud de un convenio denominado Master Forward Sale Agreement suscrito con el West Merchant Bank el 30 de diciembre de 1.997, adquiere de esta última entidad los Pagarés aceptados por la Cía

Oxidene Group en un monto de \$ 115.386.000,00 de modo que pasa a ser deudor directo de esta negociación en los mismos plazos originales. 3.- Como garantía de las obligaciones asumidas por CEVAL Inc., se entregó a West Merchant Bank los títulos valores que se detallan en el cuadro respectivo cuya ejecución se estableció en el orden de prioridad que igualmente se detalla en el mismo cuadro. Señala que el GFP Income Fund es una compañía que tiene a su cargo un fondo en el participan proporcionalmente el Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional, Jersey Private Bank Trust, firmas subsidiarias integrantes del Grupo Financiero Popular del Ecuador y CEVAL Inc. también se citan acciones del Banco FIVENEZ y del Banco Andino de Colombia de propiedad del Banco Popular del Ecuador, hasta que se formalice la adquisición por parte de CEVAL con el crédito de West Merchant Bank; para este efecto se suscribió el 30 de junio de 1.998, un contrato de prenda abierta de acciones. En la misma línea se cita un contrato denominado Put Option Agreement suscrito igualmente el 30 de junio de 1.998, a través del cual el Banco Popular del Ecuador se obliga a recomprar uno de los pagarés emitidos por la Cía. Oxidene por \$ 27.500.00 con vencimiento en junio 29 del 2.001, ante la simple notificación por parte del hacedor West Merchant Bank. 4.- El 17 de septiembre de 1.999, el Directorio de la Compañía GFP Income Fund. informa a Américas Trust Bank., entidad que negocia el portafolio de este fondo, que de acuerdo a lo establecido en el convenio denominado Master Forward Sale Agreement, el West Merchant Bank, ante el no pago del deudor ha ejecutado varios títulos recibos de la garantía de la obligación de CEVAL. El valor nominal de estos títulos alcanza a \$59.9 millones. Agrega el Informe que a este respecto, el Informe de Auditoría realizada por la firma Deleite & Touche sobre la valoración del portafolio de inversiones del GFP determina que el valor de mercado de los títulos entregados en garantía y ejecutados por el West Merchant Bank, asciende a \$ 52.8 millones de dólares, de los cuales aproximadamente \$40.4 millones pertenecen a la participación de CEVAL y la diferencia, esto es \$ 12.5 millones aproximadamente, le corresponde a los demás partícipes: Banco Popular Ecuador, Banco Popular Internacional y Jersey Private Bank. En la contabilidad del GFP Income Fund se ha registrado el 24 de septiembre de 1.999, la cuenta por cobrar a CEVAL por \$ 52.8 millones con una provisión del 100% resultado de lo cual las entidades integrantes del Grupo Financiero Popular reconocieron las pérdidas por la reducción proporcional de su participación en el GFP Income, mediante la constitución de las provisiones por \$ 12.5 millones. Que el Informe contiene las siguientes conclusiones: 1. Con tales operaciones se entregaron en garantía

activos del Banco Popular Ecuador y sus entidades subsidiarias del Grupo Financiero, Banco Popular Internacional y The Jersey Private Bank & Trust (participaciones en el GFP Income Fund y Put Option Agreeent) en beneficio de un accionista mayoritario, CEVAL Inc., en perjuicio de los accionistas minoritarios y comprometiendo recursos de los depositantes; 2. Se presume que se han configurado las infracciones a los literal a, b, c y d, del Art. 131 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, por cuanto se emitió una certificación contraria a la realidad al señalar que no existe gravamen alguno sobre la parte proporcional de los activos del GFP Income Fund que corresponde al Banco Popular del Ecuador y al Banco Popular Internacional, pese a haberse constituido sobre ellos una garantía a favor de WMB por una operación financiera otorgada a CEVAL Inc., indica que la naturaleza de un fondo de inversión implica que todos los archivos son de propiedad de todos y cada uno de los accionistas y no se puede atribuir una propiedad exclusiva a favor de uno de ellos. Adicionalmente no se ha registrado en el Banco Popular del Ecuador el contingente de \$ 27.5 millones originado en el contrato de Put Option Agreement suscrito por el WMB dando lugar al ocultamiento de su verdadera situación patrimonial, datos que la Superintendencia de Bancos y el público en general tenían derecho a estar informados, las mismas auditorías externas e internacionales en sus informes no mencionan este hecho; 3. La pérdida de \$ 12.5 millones generados a los partícipes de GFP Income Fund hace presumir la violación del Art. 134 literales g) y j) de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, al haberse realizado operaciones que con la ejecución de la garantía, disminuyeron el activo del Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional y JPBT a favor del accionista mayoritario CEVAL Inc; 4. No se contó con autorizaciones expresas de los accionistas para que el administrador del GFP Income Fund entregue en garantía títulos valores al WMB, esta operación también debió contar con la autorización expresa del Directorio del Banco Popular Ecuador.- En el auto referido, se dispone la práctica de varias diligencias, entre ellas, la recepción del testimonio indagatorio de Iván Nicholls Landes Guerrero, los testimonios propios de los señores Econ. Pedro Delgado, en su calidad de Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, del Dr. Alberto Chiriboga como Intendente Nacional Jurídico encargado, del Ing. Gustavo Muñoz & González, como Intendente General de la misma Institución, dispone además la práctica de un examen contable y otras diligencias.- Las actuaciones procesales más relevantes y que tienen relación única y exclusivamente al acusado Iván Nicholls Landes Guerrero, son: a) La Fiscalía mediante petitorios formulados a fs. 21,

22 y 23, insiste en el pedido de prisión preventiva en contra de Nicolás Landes, razón por la cual el 24 de febrero del 2000, a las 11H30, (fs. 28), el Juez A-quo ordena la prisión preventiva del sindicado; **b)** Las acusaciones particulares de: fs. 445 a 455 constan la acusación particular presentada por el Licenciado Humberto Vacas Gómez, Sra. Isabel Flores de Vacas, Ec. Rodrigo Napoleón Echeverría, Dr. Vladimir Basabe Fiallo, Ec. Cesar Campana Vallejo, en calidad de hijo de la Sra. Rosa Vallejo Arboleda, al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, Sr. Jorge Enrique Chaparro Plazas, Sra. Gloria María Galarza Vinuesa, Dra. Mariana Almeida López, Ing. Pablo Stacey Moncayo, y Sra. Julia del Carmen Luzuriaga, en contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; fs. 462 a 471 de Krol Koopmans Gerritje Tietje Sietske en contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; fs. 472 a 482 de Beatriz Andrade Orellana y Susana Andrade Orellana, contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; a fs. 1027 a 1035 de Laura Tromellini Ansaldo contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; de fs. 1042 a 1049 de César Francisco Pérez Torres contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; de fs. 1051 a 1058 de Grecia Luzmila Acosta Montufar contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; de fs. 1060 a 1067 de Ramón Antonio Moreira Carreno contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; de fs. 2147 a 2154 de José Alberto Naranjo en contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros c) De fs. 920, providencia dictada por el Juez Quinto de lo Penal, donde se manda a agregar las acusaciones deducidas y además se remiten a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia los antecedentes que sirvieron para ordenar la prisión preventiva de Iván Nicholls Landes Guerrero, para el tramite respectivo de extradición del sindicado; d) A fs. 944, providencia de 3 de julio del 2000, 09h00, por medio de la cual el Juez Quinto de lo Penal se inhibe del conocimiento de la causa, en razón de la presunta participación del Dr. Jorge Egas Peña como Superintendente de Bancos, y dispone remitir el proceso a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia; a fs. 947 consta el oficio Nro. 1389-jqpp-2000-ap por medio del cual el Juzgado Quinto de lo Penal, remite el expediente a la Corte Suprema de Justicia; A fojas 965 corre la providencia de 16 de Agosto del 2000, las 09:45 por medio de la cual el Presidente de la Corte Suprema de Justicia dispone no aceptar la inhibición del Juez Quinto de lo Penal, y devuelve el proceso al mencionado juzgado para que continúe con el trámite de ley; A fs. 1003 corre la providencia de 2 de Octubre de 2000, a las 09:00, donde el Juez Quinto de lo Penal avoca conocimiento de la causa y dispone la práctica de diligencias; e) A fs. 1004 consta la providencial de 2 de Octubre del 2000, a las 11:30 mediante la cual el

Juez Quinto de lo Penal en aplicación de los artículos 23 y 30 de la Ley de Extradición publicada en los Registros Oficiales numero 144 y 152, de 18 y 30 de agosto de 2000, remite la documentación respectiva al señor Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia para la extradición de Iván Nicholls Landes Guerrero; f) A fs. 1012 consta el oficio Nro. 1196-2000, de 4 de Octubre de 2000 remitido por el Juzgado Primera de lo Penal de Pichincha, por el cual se hace conocer la demanda de recusación propuesta por el Dr. Jaime Donoso Jaramillo ofreciendo poder o ratificación de Iván; Nicholls Landes Guerrero contra el Juez Quinto de lo Penal; A fs. 1014 consta la providencia de 6 de octubre del 2000, las 8:00 por el cual el Juez Quinto de lo Penal envía el proceso a la Sala de Sorteos para que conozca esta causa otro Juez de lo Penal; A fs. 1025 consta la providencia del Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha de fecha 18 de octubre de 2000, a las 9:00, en la misma que avoca conocimiento de la causa; g) A fs. 1069, sentencia dictada por el Juez Primero de lo Penal de Pichincha dentro del juicio de reacusación planteado por contra de Iván Nicholls Landes Guerrero, donde dispone que se acepta la demanda presentada por tanto resuelve que el juicio se sustancie en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha; A fs. 1070 consta una providencia de 30 de octubre del 2000, a las 9:00 por la cual el Juez Décimo Cuarto dispone que se envíe el expediente al Juzgado Segundo de lo Penal de Pichincha para que se pronuncie por el pedido de acumulación de autos solicitado por Iván Nicholls Landes Guerrero; De fs. 1077, 1078 y 1079 constan copias certificadas de la excitativa fiscal, auto cabeza de proceso del juicio penal 1301-99, del Juzgado Segundo de lo Penal de Pichincha; A fs. 1084 corre la providencia de 4 de Diciembre del 2000, a las 9:00 por medio de la cual el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha eleva el proceso al Superior para que dirima el conflicto de competencia; h) De fs. 1087 a 1088 y vta, corre la resolución de la Tercera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Quito, de fecha 16 de enero de 2001, las 10:00, en la cual se indica que no existe conflicto de competencia y que el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha continúe con la prosecución de la causa; i) De fojas 1973 y 1974, corre la providencia agosto del 2001, a las 9:00, por medio de la cual el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, dispone la práctica de diligencia y acepta a trámite las acusaciones particulares de Rodrigo Napoleón Echeverría Galindo, Humberto Vacas Gómez e Isabel Flores de Vacas; A fojas 1990 y vta, consta la providencia de 20 de Diciembre de 2001, las 9:00 por medio de la cual el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha acepta a trámite las acusaciones particulares de: Laura Tromellini Ansaldo, Gracia

Luzmila Acosta Montufar, Ramón Antonio Moreira Carreno, Humberto Vacas Gómez, Isabel Flores de Vacas, Rodrigo Napoleón Echeverría, Vladimir Basabe Fiallo, Cesar Campana Vallejo, Jorge Enrique Chaparro Plazas, Gloria María Galarza Vinueza, Mariana Almeida López, Pablo Stacey Moncayo, Juana del Carmen Silva, Julio Oñate Carrera; j) A fs. 1994 consta la providencia de 28 de enero de 2002, a las 09:00 dictada por el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha donde se revoca la orden de prisión preventiva de Iván Landes Guerrero, debiendo tomarse en consideración que el mismo Juez en providencia de 4 de Febrero de 2002, a las 09:00 (fojas 2003), enmienda el nombre de la persona a favor de quien se revocó la orden de prisión preventiva, estableciendo que dicha medida fue dictada a favor de Nicolás Landes; A fs. 2007 consta la providencia de 28 de Febrero de 2002, por la cual el Juez Décimo Cuarto de lo Penal se inhibe de la sustanciación de la causa, remitiendo los autos de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia; De fs. 2011 a 2012 y vta, consta la providencia del 15 de mayo del 2002, las 16:00, en la cual el Presidente de la Corte Suprema de Justicia no acepta la inhibición del Juez A quo, y devuelve el proceso para su sustanciación; A fs. 2021 corre la providencia dictada por el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha encargado, Dr. Raúl Martínez, de fecha 20 de mayo de 2002, las 16:30, por medio de la cual se ordena la prisión preventiva de Iván Nicholls Landes Guerrero, por considerar que se encuentra justificada la existencia de la infracción y su responsabilidad; A fs. 2125 corre la providencia dictada por el Dr. Jaime Santos, juez titular del Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, en la cual se inhibe del conocimiento de la causa, basándose en el Art. 871 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil; A fs. 2136 aparece la providencia dictada por el Juez Octavo de lo Penal de Pichincha, de fecha 29 de enero de 2003, las 11:40 por la cual no acepta la inhibición del Sr. Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha; A fs. 2180 corre la providencia del Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, de 4 de abril de 2003, a las 8:22, en el que se insiste en la inhibición del conocimiento de la causa; A fs. 2182 consta la providencia dictada por el Juez Octavo de lo Penal de pichincha de fecha 9 de abril de 2003, a las 16:30 en la que nuevamente dispone no aceptar la inhibición del juzgado Décimo Cuarto de lo Penal y ordena la devolución proceso a dicha judicatura; A fs. 2184 consta la providencia del Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, de fecha 15 de abril de 2003, a las 8:42, en la que dispone remitir el proceso a la corte superior a fin de que dirima el conflicto de competencia negativa; De fs. 2185 a 2187 constan la resolución de la Tercera sala H. Corte Superior de Justicia de Quito, de 7 de mayo de

2003 a las 8:30, en la que se dispone que el proceso sea conocido por el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha; A fs. 2191 consta la providencia dictada por el Juez Primero de lo Penal de Pichincha, de fecha 26 de mayo de 2003, las 9:00, por el cual se acepta a trámite la demanda de recusación planteada en contra del Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha; A fs. 2197 aparece la providencia dictada por el Juez Décimo de lo Penal de Pichincha, avocando conocimiento de la causa; A fs. 2207 consta la providencia dictada por el Juez Primero de lo Penal de Pichincha de 7 de Julio de 2003, las 14:50 en la cual declara abandonada la demanda de recusación planteada, y, dispone que el proceso lo siga conociendo el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha; k) A fs. 2211 providencia del Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha en la que declara concluido el sumario y ordena se formalice la acusación particular; l) De fs. 2214 a 2223 la formalización de la acusación particular, en contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros; m) A fs. 2224 corre la providencia dictada por el juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, de 4 de Agosto de 2003, las 14:34 en donde dispone la reapertura del sumario así como la práctica de algunas diligencias; A fs. 2815 consta la providencia del Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, de 4 de Septiembre de 2003, las 15:49, en la que declara concluido el Sumario y dispone enviar el proceso al fiscal a fin de que emita su dictamen; n) A fs. 3046 a 3054 consta el dictamen emitido por el Dr. Jorge Cano Racines, en su calidad de Fiscal de la Unidad Especial de Investigaciones, Financieras del Ministerio Público, en el que acusa a Iván Nicholls Landes Guerrero, como autor de los delitos previstos y sancionados por los artículos 128 literales a y b de la codificación a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y 257 del Código Penal; o) De fs. 3057 a 3061 consta la contestación del dictamen fiscal realizado por parte del Dr. David Ricardo Vaca Jaramillo, en su calidad de abogada defensor de Iván Nicholls Landes Guerrero; p) De fojas 3063 a 3072, aparece el auto de apertura a plenario, en contra de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros, (debe aclararse que este auto tiene como fecha 21 de enero de 2001, las 16:30, sin embargo la misma judicatura con fecha 23 de enero de 2004, las 16:23, aclara que el auto que obra a fojas 3063 y siguientes de 21 de enero de 2001, corresponde en realidad al 21 de enero de 2004), por considerarle como autor de los delitos; previstos y sancionados por los artículos 128 literales a) y b) de la Codificación a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y 257 del Código Penal; A fs. 3117 consta el escrito presentado por Iván Nicholls Landes Guerrero, mediante el cual interpone recurso de apelación al auto de llamamiento a plenario; q) A fojas 3158 y vta, aparece la

resolución de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, de 27 de Julio de 2004, las 17:30 por la cual se niega los recursos de nulidad que han sido planteados por varios sindicatos; De fs. 3161 a 3172 consta el auto interlocutorio dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito de 12 de enero de 2005, las 8:00, por medio del cual se confirma el auto de llamamiento a plenario dictado por el juez A quo, en contra de Iván Nicholls Landes Guerrero, como presunto autor de los delitos previstos y sancionados por los artículos 128 literales a y b, de la codificación a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y 257 del Código Penal, disponiendo que el encausado nombre su defensor en dos días, la evaluación siquiátrica de su personalidad, y el embargo de sus bienes; r) Mediante sorteo de ley le correspondió conocer a este tribunal la presente causa por lo que; A fs. 3190, este Tribunal avoca conocimiento de la causa; y s) Fs. 3197 consta la providencia de 26 de Junio de 2006 en la que se dispone tenga lugar la audiencia de Juzgamiento de Iván Nicholls Landes Guerrero y otros para el día 4 de julio del 2006, a las 08h50. Ratificando el hecho de que el presente fallo tiene relación única y exclusivamente a establecer la situad procesal del acusado Iván Nicholls Landes Guerrero, debe tomarse en consideración lo siguiente: Una vez que se lleva a cabo la audiencia de juzgamiento, el día 4 de julio de 2006, (fs. 4190 a 4195), en la misma que interviene el defensor del mentado acusado, y al encontrarse al siguiente día, esto es el 5 de julio del 2006, debatiendo el Tribunal, se presenta un escrito por parte del Ec. Rodrigo Napoleón Echeverría en su calidad de procurador común de los acusadores particulares, (fs. 4196 a 4199), por el cual solicita se declare la nulidad de la audiencia de juzgamiento toda vez, que según oficio No. 424-SP-2006, de fecha 20 de marzo del 2006, que ha sido dirigido por el Dr. Jaime Velasco Dávila, como Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, al señor Procurador Penal de Costa Rica, por medio del cual el Gobierno del Ecuador se comprometió a proporcionar a la persona extraditada : (Nicolás Landes) todas las garantías prometidas por el Estado Ecuatoriano reconocidas por los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de 16 de Diciembre de 1996, relativo a los Derechos Civiles y Políticos de manera especial los Arts. 3, 9, 14, 15 y 26, constando de acuerdo a una de las garantías prometidas por el Estado Ecuatoriano, la de permitir que el Representante del Gobierno de Costa Rica en el Ecuador pueda asistir a la audiencia de juzgamiento del acusado Iván Nicholls Landes Guerrero, así como a recibir un ejemplar de la sentencia a dictarse, a más de las condiciones específicas, en las cuales se encuentra el acusado según la sentencia de

extradición que obra del proceso. Es por este motivo que el Tribunal al considerar que el acusado Iván Nicholls Landes Guerrero no se encontraba en calidad de prófugo, sino que por el contrario estaba privado de su pubertad en la República de Costa Rica, y por lo tanto no dependía de su voluntad la comparecencia o no a la audiencia de juzgamiento, más aun cuando existe una sentencia de última instancia dictada por medio de la cual se pone a disposición del Estado Ecuatoriano al señor Iván Nicholls Landes Guerrero por haber concedido su extradición. La referida resolución (fs. 8336 a 8393) en su parte pertinente señala: “**SENTENCIA DE EXTRADICIÓN.-(...)** El Gobierno de Ecuador por medio de su embajada acreditada en nuestro país, formuló al Estado Costarricense solicitud de extradición contra el ciudadano panameño IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO, por procesos penales existentes en su contra en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, de la ciudad de Quito, por hechos que configuran los delitos de Estafa, Fraude y Peculado, dicho órgano jurisdiccional instruyó sumario correspondiente de ley. En dicho proceso se ordena la medida cautelar de la prisión preventiva de IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO. Los hechos que son motivo del; presente proceso de extradición en contra de IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO, son considerados ilícitos conforme la legislación vigente en el Ecuador y han sido motivo de la correspondiente persecución penal por parte de las respectivas autoridades judiciales de ese país. Consta en certificaciones de folios 595 a 598 del tomo segundo de este proceso de extradición, que la Dra. Yolanda Paredes Flores, Ministra Fiscal de Pichincha, ECUADOR, presentó excitativa fiscal o acusación formal ante el Juez Penal de Pichincha, ECUADOR, contra IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO, alegando que el señor acusado había cometido violación de la Ley Penal, contiene los delitos por los cuales el acusado debe responder y las leyes específicas violada en el que se le ha acusado de los siguientes hechos: "Que según Informe de Auditoría Nro. CAP-014 del 29 de Noviembre de 1999 suscritos por el Dr. Alberto Chiriboga, y el Dr. Pedro Delgado y los documentos relativos a la operación de financiamientos otorgada por el West Merchant Bank a Ceval Inc., en las que participaron varias compañías pertenecientes o relacionadas al grupo financiero Banco Popular, como son: Oxidene Group Inc., GFP Income Fund, Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional Limited y The Jersey Private Bank y Trust, en el mes de junio 30 de 1998, la Compañía Oxidene "Group Inc. con domicilio en las Bahamas emitió seis pagares a la orden del West Merchant Bank por un valor nominal de USD, 115.386, USD. 2.5 millones en su

requerimiento patrimonial, equivalente al 9% del contingente no registrado. La Compañía Oxigene se presenta vinculada al Grupo popular por gestión, ya que su representante William De Rosa es a su vez director del GFP Income Fund y del Jersey Prívate Bank Trust. La participación de esta compañía en la operación se limitó a la emisión de pagares que finalmente fueron re comprados por Ceval como parte del mecanismo para obtener los recursos. La ejecución de la garantía por parte del West Merchant Bank ha ocasionado según el informe de Deloitte and Touche una pérdida por USD. 12.5 millones en los activos de los integrantes del Grupo Financiero BPE, BPI y JPBT, que mantiene participaciones en el GFP Income Fund, ya que no han podido recuperar del West Merchant Bank ningún documento representativo de las deudas canceladas con las garantías y que a su vez sustenten el posible registro de una cuenta por cobrar a Ceval Inc. con posibilidades de recuperación. No obstante la instrumentación de las mencionadas garantías, el señor IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO en su cealidad de Presidente Ejecutivo y el Dr. Álvaro Bayas como representante legal del Banco Popular del Ecuador, mediante carta de Julio 30 de 1999 dirigida al Consultor de la AGD han certificado que sobre la parte proporcional de los archivos de dicho fondo y que corresponden al BPE y BPI no pesa gravamen alguno, con excepción del correspondiente apalancamiento sobre estos activos, en la parte proporcional de los pasivos registrados. Para finalmente destacar en sus conclusiones: Que con esta operación; se entregaron en garantía activos del Banco Popular del Ecuador y sus entidades subsidiarias del Grupo Financiero Banco Popular Internacional y The Jersey Prívate Bank y Trust (participaciones en el GFP Income Fund y Put Option Agreement) en beneficio de un accionista mayoritario, Ceval Inc., en perjuicio de los accionistas minoritarios y comprometiendo los recursos de los depositantes. Se presume que se han configurado a los literales comprendidos entre el a) al d) del Art. 131. de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero por cuanto se ha emitido una certificación contraria a la realidad al señalar que no existe gravamen alguno sobre la parte proporcional de los activos de GFP, Income Fund que: corresponden al BPE y al BPI, pese a haberse constituido sobre ellos una garantía a favor del WMB por una operación de financiamiento otorgada a Ceval Inc., no se ha registrado en el BPE el contingente de USD. 27.5 millones originado en el contrato de Put Option Agreement suscrito con el WMB, dando lugar al ocultamiento u verdadera situación patrimonial, datos que tanto la Superintendencia de Bancos cuanto el publico tenían derecho a estar informados. La pérdida de USD. 12.5 millones generada a los partícipes del GFP

Income Fund, hace presumir la violación al artículo 134 literales g) y j) de la LOGISF, al haberse realizado operaciones con la ejecución de la garantía disminuyeron el activo del BPE, BPI y JPBT, a favor del accionista mayoritario de Ceval Inc. III.- Que la Corte Superior de Justicia de la Segunda Sala de lo Penal de Quito, Ecuador, en resolución de las ocho horas del 12 de enero de 2005, en apelación interpuesta contra el auto decretado por el Juez Decimocuarto de lo Penal de Pichincha que ordenó el Auto de Apertura a Plenario, confirmó el Auto que llama a plenario contra el señor IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO (ver documentos de folios 89 a 98 del principal).

IV.- El Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial mediante resolución de las diez horas quince minutos del catorce de Julio de 2005 en auto visible de folios 6 a 8, dio curso a las presentes diligencias de extradición presentadas por el gobierno ecuatoriano a folios 1 a 5, asimismo se ordeno captura, detención preventiva e impedimento de salida del país, las cuales se hicieron efectivas mediante auto de las 11 horas 23 minutos del 18 de julio de 2005. V.- Las diligencias se pusieron en conocimiento del Ministerio Publico, la Procuraduría General del Estado, el extraditable y su defensa particular, quienes se apersonaron a este proceso y se tiene como partes, (ver folios 53 a 59.) También se hizo de conocimiento del Estado requirente, lo anterior por medio de la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia y los canales diplomáticos correspondientes. (...) VII.- La Embajada de Ecuador ha brindado las garantías necesarias de cumplimiento en cuanto al principio de especialidad y a las posibles penas que enfrentara el señor Landes, en caso de ser concedido su extradición. En efecto, el Gobierno de Ecuador se ha comprometido a respetar el principio de especialidad y en lo relativo a la garantía de no imposición de penas capitales, perpetuas o superiores a 50 años de prisión conforme al art. 51 del Código Penal y el Art. 40 de la Constitución Política de Costa Rica, por medio de su Embajada en nuestro país - ver documentos a 663 s 665 del tomo primero - indicó lo siguiente:"Asimismo, de acuerdo en el artículo 20 de la Ley de Extradición de Ecuador, la persona que haya sido entregada, no será juzgada, sentenciada o sometida a medida que afecte su libertad personal por hechos anteriores y distintos a los que motivaron la extradición. En virtud de lo expuesto, de conformidad con las normas constitucionales y legales transcritas, que el Estado Ecuatoriano debe cumplir en forma mandatoria, el señor IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO, no será juzgado, sentenciado o sometido a medida que afecte si libertad personal por hechos anteriores y distintos a los que motivaron su extradición; no será sentenciado a pena

de muerte, ya que está expresamente prohibido en la Constitución Política del Estado; ni será sentenciado a cadena perpetua, ya que la misma no está contemplada en el Código Penal Ecuatoriano". En este caso el señor IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO se encuentra sometido a un proceso penal y se le busca para ser sentenciado por infracción a los delitos tipificados en el artículo 128 incisos a) y b) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y artículos 257 del Código Penal de estafa. La pena máxima de ley para esos delitos es de prisión. Es por tanto la pena máxima total imponible de 8 años de prisión. Esta información proporcionada por la Embajada de Ecuador confirma que una pena perpetua no es aplicable en el caso del extraditable Landes Guerrero. (...) III.- ASPECTOS SOBRE EL FONDO DE ESTE PROCESO. La extradición consiste en el procedimiento mediante el cual se dispone remitir un individuo por parte de un Estado, a los órganos competentes de otro Estado con la finalidad de que en este país sea enjuiciado por los tribunales de dicha nación o bien que en el caso de que haya sido enjuiciado, sufra la pena que se le haya impuesto (ver Derecho Procesal Penal, volumen. I, 1960, p. 345; MAGGIORE. Derecho Penal Bogotá, vol. I, 1972, p.236). de suerte, que el objeto de extradición puede ser una persona inculpada o que haya sido condenada en el Estado requirente. Entre las diversas modalidades de extradición que existe nos encontramos ante la extradición "pasiva" que consiste en la entrega de un delincuente real o presunto refugiado en Costa Rica al Estado reclamante. En cuanto a esta modalidad, el artículo 1 de la Ley de Extradición Nro. 4795 de 16 de julio de 1971, reformada por leyes numero 5476 de 21 de marzo de 1974 y 5991 de 9 de noviembre de 1976, dice: "A falta de tratados, tanto las condiciones como el procedimiento y los efectos de la extradición (pasiva), estarán determinados por la presente ley, que se aplicara también a los aspectos que no hayan sido previstos por los tratados". En este caso el extraditable se ha opuesto a las presentes diligencias de extradición, y con respecto a la República del Ecuador, no existe un Tratado de Extradición suscrito entre Costa Rica y dicho país, de ahí que se deba estar a las regulaciones de la Ley de Extradición y las Convenciones Internacionales. El procedimiento de la extradición se rige por una serie de principios que se recogen en nuestra Ley de Extradición Nro. 4795 del 16 de Julio de 1971 y sus reformas. Por ello, "el procedimiento de extradición es un procedimiento sumario y expedito en tanto no tiene por objeto juzgar al requerido sino revisar si es o no procedente su entrega conforme los principios y reglas que norman esta figura. Es precisamente, la resolución que resuelve la extradición aquella en la que el juez determina si los principios

aplicables han sido observados. Al resolver el fondo del asunto el Juez deberá tomar en cuenta los argumentos de la defensa y proceder a la aplicación de las disposiciones legales y constitucionales que norman esta figura jurídica y posteriormente resolver si concede o no la extradición que se le solicita" (ver, Sala Constitucional, voto Nro. L, 107-95).

REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN POR PARTE DEL GOBIERNO DEL ECUADOR.- La Ley de Extradición Nro. 5991 del 9 de noviembre de 1976 y sus reformas, establece en el artículo primero que a falta de tratados, tanto las condiciones como el procedimiento y los efectos de extradición, estarán determinados por esa ley, que se aplicaran también a los aspectos que no hayan sido previstos por los tratados. Dicha norma contiene los requisitos que debe contener la solicitud de extradición, en este caso, formulada por el Gobierno de Ecuador representado por su Embajada acreditada en nuestro país: Documentos comprobatorios de un mandamiento o auto de detención o prisión judicial, o en su caso de la sentencia condenatoria firme pronunciada; copia autentica de las actuaciones del proceso, que suministren pruebas o al menos indicios razonables de la culpabilidad de la persona de que se trate; los datos de identificación del indiciado o reo y copia autentica de las disposiciones legales sobre calificación del hecho, participación atribuida al infractor, precisión de la pena aplicable y sobre la prescripción. En el presente caso se han cumplido todos estos requisitos iniciales y se ha determinado lo siguiente: a.- se ha aportado prueba acerca de la identidad de la; persona reclamada, IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO, quien permanecía en nuestro país. De folios 105 a 109 del expediente principal se encuentran agregados documentos de identificación emanados del departamento de identificación y cedulación de la Dirección General del Registro Civil del Ecuador, donde aparece la fotografía y ficha dactiloscopia que contiene los datos generales de identificación y registro de huellas digitales del extraditable. Se aportan pruebas de que la persona reclamada es el mismo que se encuentra en nuestro país. B.- En los documentos aportados por la Embajada de Ecuador de folios 2 a 5, de folios 71 a 103, en este proceso de extradición contra IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO se aportó el auto de prisión preventiva decretado contra el extraditable en fecha de de enero del 2001 por el Juzgado Decimocuarto de lo Penal de Pichincha, Ecuador.

ASPECTOS DEFINITIVOS DE LA EXTRADICIÓN.- En vista del cumplimiento de los requisitos exigidos al Gobierno del Ecuador, conforme el artículo 9 del Tratado de Extradición, además de las promesas y garantías brindadas en cuanto al respeto de los principios y de conmutación, y la verificación de la existencia

de los otros principios necesarios para conceder la extradición, este Tribunal declara CON LUGAR la EXTRADICIÓN de IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO solicitada por el GOBIERNO DE ECUADOR. Firme la sentencia el extraditable IVÁN NICHOLLS LANDES GUERRERO (...)" . Es decir, queda claramente establecido que el proceso de extradición ha operado en virtud del pedido del Gobierno del Ecuador por el proceso penal seguido en contra de Iván Nicholls Landes Guerrero, por la operación de financiamientos otorgada por el West Merchant Bank a Ceval Inc. hecho al cual debe referirse exclusivamente este fallo. Si a esto sumamos lo prescrito en los Arts. 163 y 274 de la Constitución Política de la República del Ecuador, que respectivamente dicen: "Art. 163.- Jerarquía Jurídica.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formaran parte del ordenamiento jurídico de República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía"; "Art. 274.- Inaplicabilidad de la ley.- Cualquier Juez o Tribunal en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte un precepto jurídico! contrario a las normas de la Constitución o de los Tratados o Convenios Internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria, sino en las causas en que se pronuncie. El Juez, Tribunal o Sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para el Tribunal Constitucional con el carácter general y obligatorio." .- Por lo tanto, al considerar que la cooperación internacional es un principio fundamental que regula las relaciones entre Estados, tanto más que el Art. 192 de nuestra Carta Magna señala: "el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia hará efectivas las garantías del debido proceso, y velara por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades."; este Tribunal Penaba, a fin de garantizar el respeto a los derechos humanos, así como también al cumplimiento adquirido por el Estado Ecuatoriano a través del proceso de extradición, tuvo que declarar la nulidad de la mencionada audiencia (fs. 4237).- Una vez que culminó el proceso de extradición, con la llegada del acusado al Ecuador, y en relación a este hecho tenemos las siguientes diligencias: 1) A fs. 8301, Oficio No. 1632-JDCPP-YR, de 18 de diciembre de 2006, por el cual adjunta el parte de detención de Iván Landes Guerrero; 2) Fs. 8302 y 8303 el oficio No. 2006-20242-PJP de 17 de Diciembre de 2006, suscrito por el Coronel de Policía Dr. Iván Flores Beltrán, en su calidad de Jefe Provincial de la Policía Judicial de Pichincha, como el parte de

detención de Iván Nicholls Landes Guerrero, de fecha 16 de Diciembre de 2006; 3) Fs. 8306 y 8307, Acta de Entrega Formal del extraditabile Iván Nicholls Landes Guerrero, en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría Alajuela del día 16 de Diciembre de 2006; 4) Fs. 8308, copia del Acta de Entrega Formal del señor Iván Nicholls Landes Guerrero en la Base Aérea Mariscal Sucre, de fecha 16 de Diciembre del 2006, a las 23h30; 5) Fs. 8312 y se encuentra el oficio No. 695-2006-CSJ-AJ-28-06-DA de 18 de Diciembre de 2006 suscrito por la Secretaría General de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia por el cual se hace conocer La providencia dictada en el proceso de extradición Nro. 28-2006, que obra a fojas 8313 y que ha sido dictada el 18 de Diciembre de 2006 las 16:00, en la cual se dice: "El Capitán de Policía Jaime Cevallos Chávez, Jefe de la Oficina Central Nacional - INTERPOL, Quito, mediante oficio Nro. 3165/OCNI/06 de esta fecha, remite el parte de detención de 16 de Diciembre de 2006 y sus anexos, relacionado con el ciudadano Iván Nicholls Landes Guerrero, quien ha sido extraditado a nuestro país, conforme consta del acta de entrega formal suscrita por las correspondientes autoridades de Costa Rica y Ecuador, y ha ingresado al Centro de Detención Provisional de Pichincha. Con este antecedente para los fines legales consiguientes, pongo al señor Iván Nicholls Landes Guerrero a ordenes del señor presidente del Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, toda vez que el proceso por el cual fue extraditado se encuentra en trámite ante ese Tribunal"; 6) De fs. 8314 a 8316 obra el oficio Nro. 318-SSP-CSJQ-P de 19 de Diciembre de 2006 suscrito por el Dr. Alberto Moscoso Serrano como Presidente de la Segunda Sala de lo Penal del H. Corte Superior de Justicia de Quito, en el cual se adjunta el oficio Nro. 2006-202443-PJP de 17 de diciembre de 2006, suscrito por el Coronel de Policía Dr. Carlos Iván Flores en su calidad de Jefe Provincial de la Policía Judicial, en el que se informa sobre la detención del ciudadano Iván Nicholls Landes Guerrero; y, además, se adjunta el parte de detención de dicho ciudadano de fecha 16 de Diciembre de 2006; 7) A fs. 8325 este Tribunal mediante providencia dictada el 19 de Diciembre de 2006, a las 10:45, establece que el acusado Iván Nicholls Landes Guerrero se encuentra a órdenes del mismo y gira la respectiva boleta constitucional de encarcelamiento; 8) de fs. 8328 a 8331 consta el oficio Nro. 1640-JDCPP-YR de 19 de Diciembre de 2006 por el cual se adjunta el oficio Nro. 2006-5063-UBC-PN emitido por el Licenciado Patricio Chamorro, así como el parte informativo relativo al ingreso de Iván Nicholls Landes Guerrero al Centro de Detención Provisional del CRSVQN-1; 9) De fs. 8335 a 8418 consta el oficio circular Nro. 009-2007-CSJ-AJ-28-06-DA, relativo a la providencia

dictada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Jaime Velasco Dávila, por medio del cual se remite la siguiente documentación: a) De la sentencia de extradición Nro. 175-2006 del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José (fs. 29 a 88); b) De la notificación de la resolución del Tribunal de Casación Penal de San José de Costa Rica (582 a 591); c) De la notificación al señor Embajador del Gobierno del Ecuador en Costa Rica (fs.597 y 598); d) Del oficio del capitán de Policía Jaime Cevallos Chávez, Jefe de la Oficina Central INTERPOL, Quito, y anexos (fs. 756 a 767); y, e) De la providencia expedida el 18 de Diciembre de 2006, las 16:00 (fs.768). De fs. 8419 8552 consta el oficio 02206-DNFP-30801, 07-CA del 5 de marzo de 2007, suscrito t por el Dr. Romeo Sylva Castillo en su calidad de Adjunto Primero del Defensor del Pueblo, en el cual acompaña el pedido formulado al Defensor del Pueblo por parte de Iván Nicholls Landes Guerrero para que vigile el respeto al debido proceso; 10) A fs. 8556 este Tribunal señala para el día miércoles 6 de Junio de 2007, a las 8:50 a fin de que tenga lugar la audiencia de Juzgamiento de Iván Nicholls Landes Guerrero; A fs. 8590 aparece un escrito por el cual los acusadores particulares nombran como procurador común al Ec. José Alberto Naranjo; 11) A fs. 9248-A, corre la razón sentada por el Dr. Edgar Jácome Torres, Secretario de este Tribunal, en la que se indica que la audiencia fijada para el 06 de junio del 2007 no pudo llevarse a cabo por cuanto no compareció a la misma el señor Embajador o un representante de la Embajada de Costa Rica; 12) A fs. 9270 consta la providencia datada por este Tribunal de fecha 12 de junio de 2007 a las 17:30 por la cual se excusa de conocer la presente causa; 13) A fs. 9274 con fecha 26 de junio de 2007, aparece la razón de sorteo de la Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales de Quito, por medio de la cual esta causa es sorteada y recae su conocimiento al Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha. 14) A fs. 9275 y vta, consta el auto dictado por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha de 27 de junio de 2007 a las 11:00, por el cual se dispone devolver el proceso a este Tribunal; 15) A fs. 9277 corre la providencia dictada por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha de 29 de Junio de 2007 a las 14:30, en el que se insiste en la excusa indicada anteriormente y se remite nuevamente el proceso al Tribunal Cuarto de lo Penal; 16) A fs. 9280 aparece la providencia del Tribunal Cuarto de lo Penal de fecha 2 de julio de 2007 a las 8:00, en la que dispone que se remita el proceso a la Segunda Sala de la H. Corte Superior de la Justicia de Quito a fin de que se resuelva qué Tribunal debe sustanciar la causa; 17) A fs. 9283A, corre el auto dictado por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, de fecha 23 de Octubre de 2007 a las 15:30, por la cual se resuelve el conflicto de

competencia negativa a favor de este Tribunal para continuar con la sustanciación del proceso. Con estos antecedentes se señaló día y hora para que tenga lugar la audiencia de juzgamiento, la misma que no se pudo llevar a cabo el día 16 de noviembre de 2007 debido a la inasistencia de Representante del Ministerio Público; para finalmente llevarse a efecto la audiencia de juzgamiento del acusado, el día 22 de noviembre de 2007, sin la presencia del Embajador de la República de Costa Rica pese a que estuvo notificado en legal y debida forma a fin de dar estricto cumplimiento al proceso de extradición que se realizó del acusado Iván Nicholls Landes Guerrero.- Una vez que se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento oral del acusado, y habiendo llegado el indicado momento, en la forma como determina la Ley, se evacúan las pruebas que las partes procesales han considerado convenientes a sus intereses, y por agotada la tramitación de la causa, encontrándose el proceso para resolver, se considera **PRIMERO.-** Este Tribunal es competente para resolver la causa así como el acto que en ella se ventila, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 9 y 263 de Código de Procedimiento Penal de 1983, con el que se tramita este juicio penal, y de acuerdo a la resolución dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, de fecha 23 de octubre de 2007, las 15:30, en la que dirime el conflicto de competencia negativa suscitado entre este Tribunal y el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, en la que dispone: "(...) Del proceso aparece que los señores integrantes del Tercer Tribunal Penal de Pichincha, el 31 de Agosto de 2006 a las 16:00 dicta sentencia absolutoria a favor de los sindicados Ernesto Rivadeneira, García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez Villacreses, Jear Daniel Benoit, William de la Rosa, Fernando Armendáriz Saona y Rene Fabián Encalada Garrido, dentro del juicio penal por peculado, signado con el Nro. 1176 2000, fallo que obra de fs. 8529 a 8552 del primer cuaderno, donde resuelven la situación jurídica de los prenombrados, mas no la situación del sindicado Iván Nicholls Landes Guerrero, toda vez que este sindicado fue llamado a plenario por el señor Juez Decimocuarto de lo Penal de Pichincha, en calidad de posible autor del delito previsto y reprimido por el artículo 257 del Código Penal, auto que fue confirmado por esta Segunda Sala, con relación al encausado Iván Nicholls Landes Guerrero, mediante auto expedido el 12 de enero de 2005, a las 08:00. La extradición presentada por los señores integrantes del Tercer Tribunal de Pichincha, no fue asidero legal, por cuanto, no están conociendo el proceso en segunda instancia en su sentencia no existe opinión relacionada con el sindicado Iván Nicholls Landes Guerrero. En tal virtud, la excusa presentada por el Tercer Tribunal Penal es

improcedente. En tanto que los argumentos legales anotados por el Cuarto Tribunal penal de Pichincha tienen asidero legal.- En atención a los razonamientos antes expuestos, esta Sala encuentra que el Tribunal competente para conocer la etapa de plenario en contra del sindicado Iván Nicholls Landes Guerrero, es el Tercer Tribunal de lo Penal de Pichincha.- dejase de esta manera resuelto el conflicto de competencia antes mencionado. Avoca conocimiento de la presente causa, el Dr. Tito Yépez Jiménez, Conjuez Permanente de la Sala, por Licencia de su titular.".

SEGUNDO.- Durante la tramitación de la causa, no se ha omitido ninguna solemnidad sustancial ni se observa violación al trámite que pueda influir en la decisión de la misma, razón por la que se declara su validez, más aún si el proceso viene de instancia Superior;

TERCERO.- La base del juicio penal es la comprobación conforme a Derecho de la existencia de una acción punible, por consiguiente para dictar sentencia condenatoria, en el proceso debe constatar tanto esta comprobación como la responsabilidad del acusado, según reza el Art. 157 del Código de Procedimiento Penal, y para demostrar la materialidad de la infracción como la participación del acusado, debemos tomar en consideración las pruebas aportadas por las partes.-

CUARTO.- Sobre la materialidad o existencia de la infracción y la culpabilidad del procesado, de autos se establece las siguientes pruebas:

1) De fs. 2 a 6 consta el memo Nro. INS-INBGF-2000-001, suscrito por el Ec. Pedro Delgado como Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros y por el Dr, Alberto Chiriboga, Intendente Nacional Jurídico Encargado;

2) De fs. 59 a 60, 1245, 7788 consta el oficio dirigido por Iván Nicholls Landes Guerrero (Presidente Ejecutivo) y Álvaro Bayas (Representante Legal) del Banco Popular, al Consultor de la Agencia de Garantías y Depósitos (AGD), de fecha 30 de Julio de 1999, donde indica que sobre las acciones que pertenecen al Banco Popular del Ecuador y él; Banco Popular Internacional, en el Capital de GFP Income FUND, no pesa gravamen alguno, el mismo que dice: "A pedido suyo, por este medio certificamos lo Siguiente:

1. Que sobre las acciones que pertenecen al Banco Popular del Ecuador S.A. y a Banco Popular Internacional Limited en el Capital GFP Income FUND, a la presente fecha, **NO PESA GRAVAMEN ALGUNO.**

2. Que sobre la base proporcional le los activos GFP Income FUND que corresponden al Banco Popular y Banco popular Internacional Limited, (31,83%) a la presente fecha, no pesa gravamen alguno, con excepción del correspondiente apalancamiento sobre sus activos, en el monto igualmente proporcional del pasivo que está registrado en los estados financieros preparados por Kaufman & Rossin. Estos pasivos están disminuidos en el cálculo del valor neto de activos por

acción, valor que es usado en la contabilidad del BPE y BPI. Lo mencionado en los numerales 1 y 2 precedentes, son también aplicables, respectivamente, a las acciones y activos del GFP Income FUND al 31.03.99 y al 31.05.99.”; 3) A fs. 64 consta el oficio Nro. SG-2000-0676 de 16 de Marzo de 2000, suscrito por el Dr. Luis Larrea Benalcázar como Secretario General de la Superintendencia de Bancos y adjunta 3 carpetas divididas de la siguiente manera: tres carpetas que contienen copias certificadas de los documentos Pilados por el Auditor de la Superintendencia de Bancos en el Banco Popular, respecto de la operación de Financiamiento otorgado por el West Merchant Bank a compañía Ceval Inc y que sirvieron de fundamento para el informe conjunto de las intendencias Nacionales de Bancos y Jurídicas que consta en el memorando Nro. INJ-INBGF-2000-001 de enero 5 de 2000; 4) De fs. 68 a 72 consta el memorando Nro. INJ-INBGF-2000-001 relativo a la operación entre el WMB y Oxídene y Ceval Inc., el cual en su capítulo de conclusiones determina: 1. Con esta operación se entregaron en garantía activos tanto del Banco Popular del Ecuador y sus entidades subsidiarias del grupo financiero: Banco Popular Internacional y The Jersey Private Bank Trust (participaciones en el GFP Income Fund y Put Option Agreement) en beneficio de un accionista mayoritario, Ceval Inc, en perjuicio de los accionista minoritarios y comprometiendo recursos de los depositantes; 2. se presume que se han configurado las infracciones a los literales del a) al d) del artículo 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF), por cuanto se emitió una certificación contraria a la realidad al señalar que no existe gravamen alguno sobre la parte proporcional de los activos del GFP Income Fund que corresponden al BPE y al BPI, pese a haberse constituido sobre ellos una garantía a favor del WMB por una operación de financiamiento otorgada a Ceval Inc. Cabe considerar que la naturaleza de un fondo de Inversión implica que todos los activos son de propiedad de todos y cada uno de los accionistas y no se puede atribuir una propiedad exclusiva a favor de uno de ellos. Adicionalmente no se registró en el Banco Popular del Ecuador, el contingente de USD. 27.5 millones originado en el Contrato de Put Option Agreement suscrito con el WMB, dando lugar al ocultamiento de su verdadera situación patrimonial datos que tanto la Superintendencia de Bancos y el público en general tenían derecho a ser informados. Las firmas auditorías externas e internacional en sus informes no mencionan este hecho. La pérdida de USD. 12.5 millones generada a los participantes del GFP Income Fund, hace presumir la violación al artículo 134 literales g) y j) de la LGEISF, al haberse realizado operaciones que con la ejecución de la garantía

disminuyeron el activo del BPE, BPI y JPBT a favor del accionista mayoritario, Ceval Inc. 4. No se contó con autorizaciones expresas de los accionistas para que el administrador del GFP Income Fund entregue en garantía títulos valores al WMB. Esta Operación también debió contar con la autorización expresa del Directorio del BPE. Con estos antecedentes el Banco Popular habría infringido algunas normas legales, las mismas que de acuerdo a la ley y al estar el Banco en una situación de Saneamiento Abierto, estas deben ser conocidas por el Ministro Fiscal; 5) De fs. 73 a 75 consta el memorando Nro INBGF-99-01778 de 7 de Diciembre de 1999 suscrito por la economista Rosa María Herrera en su calidad de Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, encargada, relativo a las operaciones entre el West Merchant Bank, Oxidene Group, Ceval Inc, GFP Income Fund y Banco Popular del Ecuador, 6) De fs. 76 a 85, 394 a 403, 7577 a 7586, consta el memoran Nro. CAP-014 de 29 de noviembre de 1999 dirigido por Patricio García, como miembro de la Comisión de Auditoría del Banco Popular a la Economista Rosa María Herrera como Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros (E), sobre las operaciones entre el WMB, Oxidene Group, Ceval, Income Fund y Banco Popular del Ecuador, debiendo destacarse los siguientes datos: En sesión del Directorio del BPE de 17 de junio de 1998, el Presidente Ejecutivo somete a consideración del Directorio los términos y condiciones del financiamiento que otorgaría el WMB a Ceval Inc, y adjunta una oferta fechada Junio 9 de 1998. En esa misma sesión se resuelve aprobar en todas sus partes los términos y condiciones de la oferta y se autoriza para que se suscriban todos y cada uno de los Documentos y Contratos que el BPE deba otorgar para la instrumentación y respaldo del indicado financiamiento, debe señalarse que en la oferta del WMB consta como requerimiento la suscripción del Put Option a favor del WMB como garantía de la operación. Al realizar un detalle de la operación, debe tomarse en consideración que el 30 de Diciembre de 1997, se suscribe entre el WMB (como vendedor) y Ceval Inc. como comprador el acuerdo denominado Master Forward Sale Agreement, por medio del cual, el vendedor y el comprador pueden efectuar de tiempo en tiempo transacciones en las cuales el comprador acepta comprar al vendedor a fecha, a futuro de uno o más activos. Bajo el Master Agreement el 30 de Junio de 1998, se realiza la transacción por medio de la cual Ceval Inc. compra a WMB varios títulos por USD. 115'386.000 emitidos por Oxidene Group, con un calendario de pagos que terminaba el 29 de junio de 2001, debe anotarse que el Put Option Agreement suscrito entre el BP y el WMB no se estipula en este contrato, pues ha sido realizado en forma separada. El mismo 30 de

junio de 1998, el WMB dirige una carta a Oxidene Group en relación a la emisión de los pagares por parte de Oxidene y la compra del WMB de estos pagares. Para perfeccionar la operación Oxidene Group emite los 6 pagares con pagos de Capital e interés en forma semestral; ese mismo día es decir el 30 de junio de 1998 el WMB, dirige una carta a Ceval Inc, GFP Income Fund Inc, Banco Popular del Ecuador S.A. y Oxidene Group Inc, con el propósito de Informar que el WMB ha acordado con Oxidene Group Inc comprar los pagares. También el 30 de junio del mismo año, se firma un contrato entre el GFP y el WMB Income Fund denominado MORTGAGE OF BONDS by way of deed, mediante el cual se establece el marco legal para que el GFP garantice los pagares emitidos por Oxidene Group, los mismos que quedan en custodia del WMB. El 30 de Junio de 1998, también se suscribe el acuerdo entre WMB y el BPE denominado Put Option Agreement, por el cual el primero tiene el derecho pero no la obligación de vender un título al BPE, sin embargo según lo estipula el contrato, el BPE se encuentra obligado a ejercer la opción ante una notificación del WMB. El título valor que se menciona en el contrato es uno de los pagares de Oxidene Group por USD. 25.5 millones de dólares que fuera emitido el 30 de junio de 1998 al vencimiento el 29 de Junio de 2001. Se menciona que este tipo de contrato por representar al Banco un Compromiso Futuro con el WMB, debió ser contabilizado en contingentes en la cuenta número 620490 y que los responsables del área contable han manifestado nunca haber conocido esta operación y que por lo tanto no se registró en los libros. El mismo 30 de junio de 998 se suscribe un contrato de prenda abierta de acciones entre Ceval inc, y el WMB por el cual se constituye una prenda sobre 3713'000.000 de acciones que posee Ceval Inc en el Banco Andino de Colombia como garantía real de los pagares emitidos por Oxidene Group a favor del WMB. Además en el informe y dentro del capítulo denominado hechos colaterales, se establece que como parte de la valuación a las auditorias especiales en relación a la inversión que mantiene el

BPE y el BPI en el GFP Income Fund, el grupo de evaluación dirigido por el señor Eugenio Pendas ha solicitado una certificación al Banco en el sentido de que el Portafolio de estas instituciones, en ese fondo no estaban garantizadas, recibiendo como respuesta, mediante carta del 30 de julio de 1999, suscrita por el señor Nicolás Landes y el Dr. Álvaro Bayas como Presidente Ejecutivo y Representante Legal del Banco Popular, respectivamente, en la que se dice: "Que sobre la base proporcional de los activos GFP Income FUND que corresponden al Banco Popular y Banco Popular

Internacional Limited, (31,83%) a la presente fecha, no pesa gravamen alguno, con excepción del correspondiente apalancamiento sobre sus activos, en el monto igualmente proporcional del pasivo que está registrado en los estados financieros preparados por Kaufman & Rossin.". En el mismo Informe aludido en el capítulo conclusiones se dice: Conclusiones. 1.- Con esta operación se dieron en Garantías activos del Banco (GFP y el Put Option) en beneficio de Ceval Inc. cuyo accionista principal era Nicolás Landes, (ex Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador, en perjuicio de los accionistas minoritarios del Banco y comprometiendo recursos de los depositantes. 2.-Se ha violado el Art. 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) al haberse dado una declaración falsa respecto de las operaciones de la institución financiera. 3.- También se ha violado el Art. 134 literal j) de la LGISF, al haberse ejecutado una operación que disminuye el activo del Banco Popular a favor de los accionistas mayoritarios. 4.- No se registró en Libros el contrato de "Put Option Agreement" suscrito entre BPE y el WMB el 30 de junio de 1998, el mismo que sigue vigente y que fue conocido por el Directorio del Banco. 5.- Al estar vigente el compromiso futuro del BPE a favor del WMB, y en vista de que Ceval Inc. no cancela la totalidad de la deuda con el WMB, debe realizarse una provisión por el saldo adeudado, es decir por USD. 850.000.00 (esta prohibición se está tomando en cuenta para el cierre del balance al 24 de septiembre de 1999). 6.- El administrador de GFP, Income Fund no contaba con la Autorización expresa de los accionistas para dar en garantías títulos valores del portafolios al WMB. 7.- Según los niveles de autorización en el BPE, la garantía dada por el GFP Income al WMB debió estar respaldada por una autorización expresa del Directorio, la cual nunca existió. 7) De fs. 100 a 106 y 7604 a 7611, consta el Acta de Sesión del Directorio del Banco Popular del Ecuador de 17 de junio de 1998, donde actúa, entre otros Iván Nicholls Landes Guerrero en calidad de Presidente Ejecutivo, y dice: "El señor Presidente Ejecutivo, somete a consideración del Directorio los términos y condiciones de financiamiento que otorgará el West Merchant Bank a Ceval Inc que se contienen en la oferta anexa fechada Julio 9 de 1999, dicho financiamiento permitirá a CEVAL Inc. pagar al Banco Popular el precio de compra de las acciones del Banco Andino y del Banco FIVENEZ", ante esta propuesta el Directorio resuelve aprobar en todas sus partes los términos y condiciones de la oferta de financiamiento suscrita por West Merchant Bank el 9 de Junio de 1998, a favor de Ceval Inc; deciden además autorizar al representante legal del Banco Popular o a las personas que éste designe para que suscriban todos y cada uno de los documentos

y contratos que el Banco Popular deba otorgar para la instrumentación y respaldo del mencionado financiamiento, para lo cual tendrán las mas amplias facultades de representación. 8) De fojas 228 a 238, 1184 a 1196 y 7716 a 7729 obra copia del contrato denominado Put Option Agreement cuya traducción, mediante informe pericial presentado a esta Judicatura por parte de la perito Paulina Ruiz Muriel, quien fuera nombrada como perito traductora mediante providencia de 5 de noviembre de 2007 a las 08:00 y posesionada con fecha 6 de noviembre de 2007 a las 15:00, informe este que obra de fs. 9338 a 9345, el mismo que en sus partes esenciales dice: "**ACUERDO DE OPCIÓN DE COMPRA. Este acuerdo se celebra el 30 de junio de 1998. ENTRE: (1) West MERCHANT BANK LIMITED** ubicado en la calle Gracechurch No.33-36, Londres EC3V OAX ("West Merchant"). (2) **BANCO POPULAR DEL ECUADOR S.A.** ubicado en la Av. Amazonas 3535, Quito, Ecuador, ("El otorgante"). (...) 1.1 **Definiciones e Interpretación:** En este acuerdo y en cualquier itinerario o programa anexo: "Día de negocio" significa un día en que los Bancos Comerciales en Londres y en New York están abiertos y manejando depósitos en dólares de Estados Unidos; "Fecha del Ejercicio" significa el Día de Negocios en el cual West Merchant Notifica de un ejercicio; "Notificación de Ejercicio" significa un aviso irrevocable enviado por West Merchant Bank al otorgante, básicamente en la forma establecida en el itinerario adjunto sobre el ejercicio de la propuesta. "Opción de dar en venta" significa el derecho, pero no la obligación que tiene el West Merchant, con su sola opción de vender al otorgante la obligación específica al precio de ejercicio; (...) "Fecha de Liquidación" significa la fecha especificada por West Merchant en una notificación de ejercicio como la fecha de vencimiento para el pago del precio del ejercicio, que será no antes de la fecha de ejercicio. (...) "Obligación Especificada" Significa el pagaré que avala el préstamo emitido por Oxidene Group Inc. en junio 30 de 1998 y que vence el 29 de junio de 2001 en el monto actual de USD. 27.5 millones. (...) "**3. Ejercicio de la Opción de Compra.** 3.1 Para poder ejercer la oferta de opción de compra, West Merchant deberá enviar una notificación de ejercicio al otorgante, y una vez entregada por Aparte del West Merchant, será irrevocable. West Merchant no tendrá derecho a ejercer la oferta hasta que haya ocurrido un acontecimiento de incumplimiento (Según se define en el acuerdo maestro de venta por adelantado entre West Merchant and Ceval Inc. de fecha 30 de diciembre de 1997). 3.2 West Merchant tendrá derecho a valerse de la oferta en su totalidad pero no en parte. (...) **10. Confidencialidad** West Merchant y el otorgante acuerdan que, en la mayor medida que

pueda practicarse, las transacciones que constan en el presente acuerdo son y deben ser confidenciales. De acuerdo a ello, ninguna de las partes revelará las Indisposiciones de este acuerdo o cualquier detalle de cualquiera de las transacciones constantes en este a ningún tercero, sin previo consentimiento por escrito de la otra parte, excepto en la medida en que dicha revelación sea solicitada por disposición de este acuerdo de la documentación de base, o cuando sea requerida por la ley o por cualquier banco central o ente regulador. (...) **PROGRAMA O ITINERARIO (NOTIFICACIÓN DE EJERCICIO)** Fecha: Para: Banco Popular del Ecuador S.A. (Dirección) Att. Estimados señores: Ref.: Ejercicio de la propuesta de conformidad con el acuerdo de opción de compra. Nos referimos al acuerdo de opción de compra entre nosotros de junio 20 de 1998 o alrededor de dicha fecha, en relación al pagaré que avala el préstamo por el monto capital de USD. 27.5 millones emitido por Oxidene Group Inc. el 30 de junio de 1998, y con fecha de vencimiento 29 de junio de 2001. Sírvase tomar nota mediante esta notificación de que nosotros estamos notificando el día de ejercicio (el "Día de ejercicio") de la propuesta descrita en el acuerdo de opción de compra con relación a la obligación especificada según se la define en el mismo. Para dichos propósitos () Será la fecha de liquidación y ambas partes deberán ejecutar y entregar dichas instrucciones y ejecutar dichos documentos según se los requiera para transferirse el derecho de la obligación especificada. Como condición previa de dicha entrega, usted deberá pagarnos el precio de ejercicio a la cuenta indicada abajo en la fecha de liquidación del pago de conformidad con el acuerdo de opción de compra (...) Muy atentamente West MERCHANT BANK LIMITED". 9) De fs. 240 a 243, y 7604 a 7611, consta el Contrato de Prenda Abierta de Acciones, suscrito entre Robert Viner, a nombre y representación de Ceval Inc ("DEUDOR PRENDARIO"), y Lan Beckman a nombre y representación de WEST MERCHANT BANK, ("BANCO") de fecha 30 de junio del 1998, por el cual el DEUDOR PRENDARIO constituye Prenda Abierta de Primer Grado a favor del BANCO sobre trece mil setecientos trece millones (3.713.000.000) de acciones de su propiedad en el Banco Andino (las "Acciones"), establecimiento bancario debidamente constituido de conformidad con las leyes Colombianas. Que el DEUDOR PRENDARIO manifiesta que las acciones son de su exclusiva propiedad, al haberlas adquirido al Banco Popular del Ecuador, y que las mismas se hallan libres de embargo, prendas, condiciones resolutorias o suspensivas y que no soportan gravámenes o limitaciones al dominio distintos al gravamen hipotecario que sea crea mediante este documento. 10) A fs. 404 consta el oficio SG-2000-857 de 3 de

abril de 2000 suscrito por el Dr. Luis Larrea Benalcázar, como Secretario General de la Superintendencia de Bancos donde adjunta copias certificadas del Formulario Nro. 295 "Nomina de Directivos de Instituciones Financieras" del Banco Popular del Ecuador relativa a los meses de diciembre de 1995, 1996, 1998 y junio de 1999, en donde aparece que Iván Nicholls Landes Guerrero, o Nicolás Landes Guerrero portador de la cédula de ciudadanía Nro. 170802693-3, consta como Presidente Ejecutivo. 11) De fs. 419 a 429 el oficio suscrito por Rodolfo Játiva como socio de Deloitte & Touche de 10 de abril de 2000, en el que informa que dentro del examen especial practicado al grupo Banco Popular al 24 de Septiembre de 1999, se incluyó el examen del GFP Income Fund, y por lo tanto no existe un examen exclusivo para dicho fondo, pero que en el informe de 16 de diciembre de 1999, se incluye el apéndice V relacionado con el mencionado fondo. 12) A fs. 711 consta el oficio de 2 de mayo del 2000, suscrito por Fernando Armendáriz como Administrador Témporal del Banco Popular del Ecuador, en el que indica que el Put Option Agreement se contabiliza en el BPE con fecha 31 de Diciembre de 2000, en virtud de las instrucciones que obran en el oficio # INBGF-9904485 (que obra a fs. 713 y 1241).1 3) A fs. 714 consta una certificación proporcionada por Pablo Cevallos como Secretario General del Banco Popular, en el que se indica que al 30 de Junio de 1998, el Banco Popular tenía como Holding a la Compañía Ceval Inc. 14) A fs. 715 consta una certificación proporcionada por Pablo Cevallos como Secretario General del Banco Popular en la que se indica que al 30 de Junio de 1998 el Banco Popular del Ecuador S.A., era propietario en forma directa del 18, 96% de participación accionaria dentro del capital social del Banco Popular International Limited (Nassau); y, en forma indirecta del 81,04% a través del Banco Andino de Panamá. Esta entidad era 100% de propiedad del Banco Popular del Ecuador S.A., consecuencia de la cual la participación del Banco Popular del Ecuador S.A., en Banco Popular International Limited (Nassau) a esa fecha, era del 100% en forma directa e indirecta. 15) A fs. 716 consta una certificación proporcionada por Fabián Encalada como Contador General del Banco Popular del Ecuador, en la que indica que la inversión de Jersey Private Bank fue registrada en libros de Banco Popular del Ecuador el 31 de marzo de 1999, por el valor de US 1'069.937,52; que este valor inicialmente fue registrado como "Aporte para Futura Capitalización" a favor de Jersey Private Bank el 30 de septiembre de 1997. 16) A fs. 719 consta una certificación proporcionada por Pablo Cevallos como Secretario General del Banco Popular, en el que se indica que dentro del capital social de The Jersey Private Bank & Trust

Limited (Nassau), el Banco Popular del Ecuador S.A., posee una participación del 10,20% de las acciones con derecho a voto. 17) De fs. 723 a 725, consta el oficio No. INBGF-99-3741 de 29 de octubre de 1999, suscrito por la Econ. Rosa Maria Herrera, como Presidenta Nacional de Bancos y Grupos Financieros, Encargada, en la que establece que la comisión de auditoria de la Superintendencia de Bancos delegada para efectuar la revisión del rubro 13 "inversiones" tanto del Banco Popular del Ecuador, como del Popular International Bank y del Jersey Private Bank Trust, determino la necesidad de constituir provisiones adicionales para proteger adecuadamente dichas colocaciones, de acuerdo al cuadro que consta en los mismos folios enunciados; 18) A fs. 842 consta una certificación proporcionada por Pablo Cevallos como Secretario General del Banco Popular, en el que se indica: 1.- Mediante Resolución No. AGD-99-035 de 26 de septiembre de 1999, el Directorio de la AGD, resolvió someter al Banco Popular del Ecuador S.A., al procedimiento de saneamiento previsto en la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, sin interrumpir durante el mismo la atención al público; 2.- Mediante Resolución No. AGD-00-016 de 10 de abril del 2000, la Agencia de Garantía de Depósitos dispuso que el Banco Popular del Ecuador S.A., suspenda la atención al público a partir del día martes 11 de abril del 2000; 3.- De la información Inconstante se desprende que el Banco Popular del Ecuador S.A., no ha sido sometido al procedimiento de liquidación forzosa previsto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.- 19) A fs. 843 consta una certificación proporcionada por Pablo Cevallos como Secretario General del Banco Popular, en el que se indica lo siguiente: "La Secretaria General del Banco Popular del Ecuador E.S.A. de la revisión efectuada al libro de Actas de Directorio de la Institución, certifica que en sesión ordinaria celebrada el 17 de junio de 1998, el Directorio del Banco Popular con la presencia de los vocales Dr. Francisco Rosales Ramos, Dr. Ernesto Ribadeneira García, Ing. Salomón Gutt Brandwayn, Sr. Rubén Ordóñez Viliacreses e Ing. Jean Daniel Benoit, conoció y resolvió dentro de los puntos varios lo siguiente: "c) Financiamiento West Merchant Bank. El señor presidente ejecutivo, somete a (Consideración del directorio los términos y condiciones de financiamiento que otorgara el West Merchant Bank a Ceval Inc que se contienen en la oferta anexa fechada Julio 9 de 1999 dicho financiamiento permitirá a CEVAL Inc. pagar al Banco popular el precio de compra de las acciones del Banco Andino y del Banco FIVENEZ", ante esta propuesta el directorio resuelve aprobar en todas sus partes los términos y condiciones de la oferta de financiamiento

suscrita por West Merchant Bank el 9 de Junio de 1998 a favor de Ceval Inc; deciden además autorizar al representante legal del Banco Popular o a las personas que este designe para que 'Suscriban todos y cada uno de los documentos y contratos que el Banco Popular deba otorgar para la instrumentación y respaldo del mencionado financiamiento, para lo cual tendrán las más amplias facultades de representación". 20) a fs 876 consta el oficio de 8 de junio del 2000 suscrito por el señor Fernando Armendáriz, en su calidad de administrador temporal del Banco Popular del Ecuador, en donde entregada toda la información requerida por los peritos contables. 21) De fs, 415 a 417 consta la diligencia de reconocimiento contable del Banco Popular, con la intervención de los peritos Ec. Pedro Pablo Baquerizo y Lic. Teresa Viteri, cuyo informe pericial contable obra de fs. 883 a 919 (este mismo informe se encuentra en copias de fs 1120 a 1156, y de fs. 1882 a 1917, el mismo que establece una serie de conclusiones debiendo desatacarse lo siguiente: "(...) 6. Sí la opción contenida en el put Option no puede ser ejercida por parte por West Merchant Bank y que por tanto NO es posible que el West Merchant Bank pueda exigir que Banco Popular le compre el pagaré por el saldo de aproximadamente US \$ 850.000. Es correcto lo que se pregunta, de conformidad con la cláusula No. 3.2. del convenio denominado "PUT OPTION AGREEMENT", que consta a fojas 228 del proceso penal. Por lo tanto legalmente no sería posible que el West Merchant Bank ejerciera esa opción, (...) 16. Si la operación de financiamiento del West Merchan Bank benefició al Banco Popular del Ecuador, por cuanto de esta manera Banco Popular se liberó de un pasivo muy grande incurrido para adquirir los bancos Andino de Colombia y Fivenez de Venezuela, así como de los costos financieros generados por ese pasivo. La operación fue beneficiosa para Banco Popular por la disminución del pasivo y de los costos financieros generados por este pasivo. En Anexo No. 15.1 y 17.1 al 17.2 y 18.1 al 18.12 se comprueba esta afirmación. (...) 28. Si el Directorio del Banco Popular del Ecuador aprobó la operación con el West Merchant Bank, inclusive la suscripción del contrato denominado "put Qption". Es correcto lo que se pregunta. Se agrega en el Anexo No. 24.1 al 24.8 certificación de la parte pertinente del acta de Directorio del Banco Popular celebrada el 17 de junio de 1998, así como el documento anexo a dicha Acta que contiene la oferta financiera del West Merchant Bank. A dicha sesión asistieron los señores Dr. Francisco Rosales Ramos, Dr. Ernesto Ribadeneira García, Ing. Salomón UGT Brandwayn, Sr. Rubén Ordóñez Villacreces e Ing. Daniel Benoit. En la parte resolutive se lee lo siguiente: "El Directorio analiza el documento mencionado (se refiere a la oferta financiera del West

Merchant Bank), y luego de lo cual y por ser conveniente a los intereses del Banco Popular, con la conformidad de todos los Directores presentes, Resuelve: al Aprobar en todas sus partes los términos y condiciones de la oferta de financiamiento suscrita por el West Merchant Bank el 9 de junio de 1998 a favor de Ceval Inc; b) Autorizar al Representante Legal de Banco Popular, o a la persona que este designe, para que suscriban todos y cada uno de los documentos y contratos que el Banco Popular deba otorgar para la instrumentación y respaldo del mencionado financiamiento, para lo cual tendrán las más amplias facultades de representación” (El paréntesis y lo subrayado son nuestros). (...) 31. Si la operación de financiamiento del West Merchant Bank fue conocida o no la Superintendencia de Bancos y de haberlo sido qué observaciones hizo a la fecha en que dicha operación fue concretada. La operación si fue conocida por la Superintendencia de Bancos según se desprende del Anexo No. 28.1 al 28.3 no hemos recibido información respecto de que se hubiera establecido observaciones de la Superintendencia a esa operación. 32. Si Ceval Inc. es de propiedad del sindicato o si pertenece a varios accionistas. Ceval Inc. tiene un total de 1.500 accionistas. El sindicato mantiene una inversión personal de 2'249.387 acciones de un total de 1.067'167.503 acciones. No hemos podido constatar si el sindicato tiene inversiones indirectas. Por razones de confidencialidad no agregamos la lista completa de accionistas de Ceval Inc. que mantenemos en nuestros documentos de trabajo. (...) 37. Si el 5 de enero del 2000 había concluido la investigación de la Superintendencia sobre el caso West Merchant Bank. De conformidad memorando INJ-INBGF-2000-001 de 5 de Enero del 2000 que sirve de fundamento a la excitativa fiscal (fojas 2 a 6 del proceso), la Superintendencia de Banco no había concluido la investigación sobre este caso. El párrafo final de este memorando indicaba lo siguiente: "Con estos antecedentes la Intendencia de Bancos ha dispuesto te conformación de un equipo especial de auditoría a fin de profundizar sobre los puntos tratados en el presente memorando y el resultado de este examen pondremos en su conocimiento una vez que se concluya el mismo. (...) 40. Si el "put option" suscrito por el Banco Popular debió haber sido contabilizado como un contingente. Para responder esto debemos tener presente que no toda "contingencia" constituye un "contingente" que deba ser registrado en el balance (...) en resumen, y vista las consideraciones señaladas, es obvio concluir que el Put Option no tiene el propósito de garantizar al West Merchant Bank, sino que responde Exclusivamente a una estructura jurídica que usa regularmente dicho banco para este tipo de operaciones, estructura que era para Ceval de obligatoria

aceptación para obtener el crédito y cuyo beneficiario real era el propio Banco Popular. (...) 44. Si lo mencionado en la segunda conclusión contenida en la excitativa fiscal es correcta o no en cuanto manifiesta que "se emitió una certificación contraria a la realidad al señalar que no existe gravamen alguno sobre la parte proporcional de los activos del GFP Income Fund que corresponde al Banco Popular del Ecuador y al Banco Popular International, pese a haberse constituido sobre ellos una garantía a favor del West Merchant Bank por una operación de financiamiento otorgada a Ceval Inc." la certificación no es contraria a la realidad en virtud de las instrucciones emitidas por Ceval y que consta como Anexo 31 .7 (...)" 22) De fs 971 a 973 y 994 a 996 consta el memorando IBP-00-030 de 5 de junio del 2000, realizado por Patricio García como interventor del Banco Popular, dirigido al Lic. Jorge Molina en su calidad de Intendente Nacional de Bancos, encargado, y que tiene relación a la Iteración de financiamiento entre el West Merchant Bank y Ceval Inc, haciendo como referencia al memorando N. CAP-014 de 29 de noviembre de 1999, y que en las conclusiones establece: **"Las provisiones por efecto de la ejecución de la garantía por parte del WMB, se reflejan a través del precio de cada acción, precio al cual se valoraron las acciones que mantenían el BPE, BPI, JPB en GFP Income Fund al 24 de septiembre de 1999. en los balances del BPE, BPI y JPBT sólo se registro la inversión en el GFP de acuerdo al nuevo precio por acción, mientras que en el balance del GFP se registra en sus activos una disminución de US \$24,4 millones por efecto de la ejecución de la garantía. Al respecto, y si bien el GFP es 100% de propiedad del BPE, BPI y JPBT, para efectos de que esté claro que existe una cuenta por cobrar Ceval Inc., conviene que se instruya que en los balances del Banco Popular y sus Offshore se registre esta cuenta por cobrar a Ceval Inc., con sus respectivas provisiones. Por Otra parte, considero que los hechos aquí descritos deben ser incluidos dentro del proceso legal que se sigue en los Juzgados ecuatorianos sobre el tema de la referencia, ya que inicialmente se indico que el perjuicio para BPE, BPI Y JPBT era de US \$ 12,5 millones, cuando en realidad en cifras a valor de mercado el perjuicio es de US \$ 24. 4 millones, (las negrillas son nuestras) 23) De fs. 1090 a 1112, consta el memorando N. IBP-00-065 de fecha 12 de octubre del 2000, dirigido por el señor Patricio García, interventor en el Banco Popular al Sr. Jorge Molina, relativo al informe de los peritos contables dentro del juicio seguido contra Nicolás Landes por la operación del West Merchant Bank, debiendo destacarse dentro de este informe los siguientes puntos: en el numeral 6 (fs. 1095) se establece que**

efectivamente la cláusula 3.2 del Put Option Agreement dice que el West Merchant Bank puede ejercer el Put en todo pero no en parte, sin embargo los peritos no desvirtúan la validez del contrato y tampoco se refieren a una comunicación de 19 de noviembre de 1999, dirigido por el WMB al Ec. Miguel Dávila, y entregada a la comisión de auditoría el 27 de marzo del 2000, en el que comunican que el WMB tiene derecho a ejercer el Put ante un evento de no pago ante el Ceval Inc; en el punto 16 (fs. 1101), se manifiesta que según los peritos la operación fue beneficiosa para el Banco Popular y que se basan en una certificación emitida por el Banco Popular en que dice que Con fecha 2 de julio de 1998, el Banco Popular mediante un proceso de escisión, descargó de sus pasivos la obligación existente con el West Merchant Bank por el monto de US \$ 27.523.078,93 crédito que tenía una tasa de descuento promedio ponderada del 8,14 %, sin embargo, la realidad demuestra que al final la operación de financiamiento a Ceval Inc. no fue beneficiosa para el Banco, ya que actualmente lo que está pasando es que el BPE, BPI y JPBT están absorbiendo la pérdida de US \$ 24,4 millones de dólares por la garantía entregada del GFP Income Fund, además también de que se tiene un contingente a favor del WMB por US \$ 27.5 millones de dólares que coincidencia o no se asemeja al monto que el BPE descargó de sus pasivos el 2 de julio de 1998; en el punto 28 (fs. 1105) se expresa que la Superintendencia de Bancos observa que el contrato denominado Put Option no fue registrado en los libros de Banco Popular del Ecuador como un contingente, contraviniendo de esta manera instrucciones del Catalogo Único de Cuentas y de la Ley General del Sistema Financiero; en el punto 31 (fs. 1105) se establece que la Superintendencia de Bancos conocía el hecho de que el West Merchant Bank le estaba proporcionando un crédito a Ceval Inc. para que este compre las acciones del Banco Andino y Fivenez al Banco Popular, sin embargo nunca fueron comunicados ni se supieron los detalles de la operación, de manera especial, la garantía entregada al WMB de los títulos del portafolio GFP Incomo FUND que era también de propiedad del BPE, BPI y JPBT y el hecho de que existía el contrato de Put Option, el cual no fue contabilizado cuando este se suscribió; en el punto 32 (fs. 1106), para establecer si Ceval Inc. es de propiedad del sindicato (Landes), y luego del análisis respectivo se determina que Iván Landes tenía control de al menos el 43.17 % de la compañía Ceval Inc. paquete mayoritario si se compara con el resto de accionistas; en el punto 34 (fs. 1107), al señalar respecto a que si la operación del financiamiento del WMB fue examinada sin observaciones de los auditores externos del Grupo Popular, la Price Water House, indica que si bien es cierto, la respuesta es afirmativa, esto no exime

de responsabilidades a la firma auditora por no haber observado la falta de registro del Put Option ni la garantía del GFP Income Fund que afectó directamente al BPE, BPI y JPBT y por consiguiente a los depositantes; en el punto 37 (fs 1107 y 1108), se establece que la Superintendencia de Bancos no concluyó la investigación del WMB el 5 de enero del 2000, en virtud de que la intervención emite un nuevo informe en el mes de junio del mismo año, en el que se determinó que en realidad el perjuicio al BPE, BPI y JPBT por la ejecución de la garantía del GFP Income Fund fue de US \$24.4 millones de dólares y no de US \$12.4 millones de dólares como se indico en el primer informe; en el punto 39 (fs 1108), y al referirse al memorando N. INJ-INBGF-2000-001 de 5 de enero de 2000 a fin de establecer si ha sufrido o no alguna variación sustancial, comparado con otras piezas procesables, se determina que la existencia de documentos se produce por un error administrativo dentro de la Superintendencia de Bancos al no haberse destruido el texto inicial del informe que ha servido de base para la elaboración del informe final; por consiguiente se han enviado las dos versiones; en el punto 40 (fs 1108 y 1109), relativo a que si el Put Option suscrito por el Banco Popular se debió o no haber contabilizado como un contingente, con relación a este tema, se determina que los peritos no mencionan en las primeras líneas del rubro "Collateral Assets" también se dice claramente que estos activos tendrán primera prioridad dando lugar a que existan otras garantías, como es el caso del Put Option, (...). Diciendo que en definitiva el Banco Popular del Ecuador, toma la opción..... y que esta opción de compra será ejercida solo en el evento de no pago que ocurra bajo los términos del Acuerdo de Compra Diferido. Con la lectura del texto, se deduce claramente que el BPE estaba obligado a comprar un pagare en el evento que ocurra una situación de no pago del deudor que en este caso es CEVAL Inc.". Se establece además que los peritos no han desvirtuado la obligación del BPE de comprar este pagare, así como tampoco han desvirtuado el hecho de que este contrato está incluido como una garantía extra en la operación de crédito de Ceval Inc., así como tampoco han dicho que el contrato es nulo. Se señala que el Catalogo Único de Cuentas dice: "Integra las cuentas originadas en operaciones con terceros y, sus correspondientes costos financieros así como los compromisos futuros otorgados por la institución, no utilizados por los clientes, que por su naturaleza pueden significar en un futuro un eventual pago o desembolso, afectando la situación financiera de la entidad" por lo tanto el contrato de Put Option contiene las características de lo que dice el catalogo de cuentas. En el punto 44 (fs 1111), relativo a la emisión de una certificación contraria a la realidad al señalar que no

existe gravamen alguno sobre la parte proporcional de los activos del GFP Income Fund que corresponde al BPE y al BPI al haberse constituido sobre ellos una garantía a favor del WMB por una operación de financiamiento otorgada a Ceval Inc, al respecto se manifiesta que, la certificación es una carta de 30 de julio de 1999, suscrita por el señor Nicolás Landes y el Dr. Álvaro Bayas como Presidente Ejecutivo y Representante Legal, respectivamente del Banco Popular, y que al respecto la intervención concuerda con lo manifestado en la excitativa Fiscal. 24) A fs 1205 corre el oficio INBGF-99-9903771, de 4 de noviembre de 1999, suscrito por la Ec. Rosa María Herrera dirigida al Ec. Miguel Dávila como Administrador Temporal del Banco Popular del Ecuador por la cual dispone que debe registrarse la provisión de US \$12.434.679 en el Banco Popular del Ecuador S.A, Banco Internacional del Ecuador Limited y del Jersey Private Bank & Trust proporcionalmente en relación con la participación de estas entidades en razón de que los títulos entregados no pertenecen específicamente a ninguna de las instituciones participes de dicho fondo. 25) A fs. 1220 a 1221, corre la resolución N. JB-99-166 de 26 de septiembre de 1999 por la cual el señor Jorge Guzmán Ortega como Superintendente de Bancos y residente de la Junta Bancaria, dispone que se inicie el proceso de saneamiento del Banco Popular del Ecuador. 26) A fs. 1635 a 1636 corre el informe de los Auditores Independientes Price Waterhouse Coopers; 27) A fs. 1930 y 1931, se encuentran en el aviso de posesión de Delgado Campana Pedro, y la copia certificada de la acción de personal del mismo ciudadano como Intendente Nacional de Supervisión de las Entidades Financieras constando como fecha de ingreso el 19 de abril del 2000, y como fecha de posesión el 10 de mayo del 2000. 28) De fs. 2048 a 2100, consta el oficio No. SG-DGNL-DPJ-2002-3260 de fecha 8 de julio del 2002, suscrito por el Dr. Diego Navas, como Secretario General de la Superintendencia de Bancos, donde se adjunta el memorando No. DGNL-DCJS-2002-0303 y DGRE-DE-2002-224 de 18 de junio (fs. 2049) y 1 de julio del 2002, respectivamente (fs. 2100) donde se detalla la nomina de accionistas y acciones del Banco Popular del Ecuador (fs. 2050 a 2099). 29) De fs. 2101 a 2104 consta el oficio SG-99-33 de 12 de julio de 1999, suscrito por Judy Rúaless, como Secretario General del Banco Popular del Ecuador S.A., donde se adjunta el formulario No. 295, el mismo que contiene la nómina de directivos del Banco Popular del Ecuador, cortados al 30 de junio de 1999, donde aparece Nicolas Landes Guerrero, como Presidente Ejecutivo; 30) De fs. 2105 a 2108 consta el oficio SG-99-001 de 4 de enero de 1999, suscrito por Pablo Cevallos, como Secretario General del Banco Popular del

Ecuador S.A., donde junta el formulario 295, que contiene la nómina de directivos del Banco Popular, cortados al 31 de Diciembre de 1998, donde aparece Nicolás Landes Guerrero, como Presidente Ejecutivo; 31) De fs. 2771 y 2772 consta el oficio SG-99435, de 15 de Septiembre de 1999, suscrito por Álvaro Bayas, en el que entre otras cosas indica que Nicolás Landes Guerrero, como Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador, ha presentado su renuncia el 12 de septiembre de 1999; 32) De fs. 2823 y 2824 corre el memorar No. 083-BAT-2002, de 30 de abril del 2002, suscrito por Byron Alban Torres, al Presidente de la Comisión de Fiscalización y Control Político del Congreso Nacional Sr. Carlos González, en relación al oficio que fuera dirigido por el señor Oswado Egüez con fecha 19 de Septiembre del 2000 (fs. 2826); 33) De fs. 2864 a 2890, con fecha 16 de mayo del 2000, corre un informe penal presentado al Abogado Villacís Guillen, Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos, suscrito por él Dr. Dimitri Duran, y que tiene relación a una auditoria penal financiera del Banco Popular, debiendo tomar en consideración que en lo relativo a la operación financiera con el West Merchant Bank obra en los folios 2872 a 2877, en este último folio el Dr. Duran manifiesta que antes de pronunciarse sobre los aspectos contenidos en el memorando que ha servido de base para la excitativa fiscal se le debe proveer de alguna información y detalla la misma; 34) De fs. 5935 a 5937 consta el memorando de 30 de julio de 1999, suscrito por el señor Eugenio Pendas dirigido al señor Bruno Leone Pignataro, como Gerente de la AGD, relativo al análisis de auditoría especial del Banco Popular, en el mismo que concluye manifestando que con el análisis realizado "conviene requerir hasta el 29 de julio de 1999 a las 15h00 un detallado informe que permita evaluar lo ocurrido en torno a la inversión del GFP Income Fund Inc., desde el mes de marzo al mes de mayo (fechas de venta, motivos, compradores, precios, destino de los fondos, impacto patrimonial del resultado etc.). Quien esto suscribe entiende que es el representante legal de la institución y su Presidente Ejecutivo, quienes deberían certificar (con carácter de declaración jurada) esta información"; 35) De fs. 5939 a 5943 consta en el oficio de 26 de julio de 1999, dirigido al señor Presidente Ejecutivo del Banco Popular Nicolás Landes, por parte del señor Eugenio Pendas, remitiéndole una copia al informe que se encontraba elaborando relativo al Banco Popular; 36) A fs. 59477 consta el oficio No. INBGF-0901665 de 1 de junio de 1999, dirigido por la Ec. Rosa María Herrera, como Intendenta Nacional de Bancos y Grupos Financieros encargada al señor José Aguirre Silva, PRICE WATERHOUSE, por medio de la cual le solicita una explicación de las condiciones en

las que el GFP consolida su información financiera con el Grupo Financiero Popular, así como detallar el portafolio de inversiones de propiedad del GFP con el valor del mercado de 1997 y el vigente y ajustado al año 1998; 37) A fs. 5948 consta el oficio No. INBGF-99-0902439 de fecha 26 de julio de 1999, dirigido por la Ec. Rosa María; Herrera, como Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros encargada a la señorita Carolyn Healy, como Asistant Vice President del FEDERAL RESERVE BANK OF ATLANTA, sobre la base de que en conocimiento de que el Banco de Reserva Federal de Atlanta decidió suspender la licencia que permitía al Banco Popular del Ecuador S.A., operar con una agencia en Miami, solicita conocer los detalles que sirvieron de antecedente para adoptar tal decisión; 38) De fs. 5959 a 5960, consta el oficio No.SB-INBGF-99-0742 de 04 de agosto de 1999, suscrito por el Abog. Jorge Guzmán Ortega, como Superintendente de Bancos dirigido al señor Álvaro Bayas como Representante Legal del Banco Popular, por el cual le informa de la situación de dicho Banco; 39) A fs. 7589 consta el detalle de accionistas que conforman Ceval Inc. donde aparece en nombre "Landes" con una participación del 0.21 %, con 2, 249,387 de acciones, monto 22,441; 40) De fs. 7595 a 7597 corre la declaración juramentada rendida por Rene Fabián Encalada Garrido de fecha 29 de diciembre de 1999, ante el Dr. Jorge Machado Cevallos, en su calidad de Notario Primero del Cantón Quito en la que dice: "no procedí a registrar contablemente, a pesar de desempeñar las funciones de Contador General y por consiguiente suscribir los balances del Banco Popular del Ecuador S.A., una operación Put Option Agreement celebrada entre el West Merchant Bank Limited y Banco Popular del Ecuador S.A. el treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho con vencimiento al veintinueve de junio del año dos mil uno, por la suma de veintisiete millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 27'500.000), en § "virtud de su desconocimiento de la celebración e instrumentación a la operación anteriormente descrita"; 41) De fs. 8195 a 8202 corre el informe No. INSEF-2000 - 2634, de 30 de noviembre de 2000, suscrito por José Andrade G y Diego Zapater T, en torno a los resultados de la revisión realizada al GFBP en saneamiento, debiendo destacarse lo constante en el capítulo denominado "HECHOS RELEVANTES

puestos en conocimiento del ministerio fiscal", constante a fs. 8200, y que señala: "(.,.) Ceval ing. Holding del grupo financiero Popular, obtuvo un Spancia miento del West Merchant Bank WMB para adquirir la participación del Popular del Ecuador en el capital del Banco Andino de Colombia y FIVENEZ, en garantía acciones de entidades y

adicionalmente títulos valores de portafolio de un fondo de inversión llamado GFP Income Fund, en el cual participan Seval Inc, el Banco Popular del Ecuador, Banco Popular International y Jersey Private Bank Trust, subsidiarias integrantes del Grupo Financiero Popular. Adicionalmente el Banco Popular mediante la firma de un convenio denominado Put Option Agreement, suscrito por Álvaro Bayas Cevallos con el WMB asumió el contingente de un pagare por US \$ 27.5 millones emitido por la Compañía Oxidene Group Inc. representada por Michel Hollinan, contingente que no fue contabilizado el BPE, generando una subestimación en el patrimonio técnico requerido y ocultamiento de información que llevó a la presentación de balances falsos. El Contador el BPE Sr. Fabián Encalada, mediante declaración juramentada, debidamente notariada, declaró no haber conocido del hecho y por lo tanto no haber contabilizado. El saldo de la deuda de Ceval Inc. con el WMB actualmente es de aproximadamente USD \$ 850.000. Los títulos valores del GFP Income Fund que fueron entregados en garantía de la operación de financiamiento del WMB, fueron ejecutados por este acreedor, afectando de esta manera la situación patrimonial del Grupo y su participación en el GFP Income Fund en USD \$ 24.4 millones. Por lo tanto, activos del Grupo Financiero Popular fueron afectados en beneficio de su propio accionista, Ceval Inc".;

42) De fs. 8419 8552 consta el oficio 02206-DNFP - 30801, 07-CA del 5 de marzo de 2007, suscrito por el Dr. Romeo Sylva Castillo en su calidad de Adjunto Primero del Defensor del Pueblo en el cual acompaña el pedido formulado al Defensor del Pueblo por parte de Iván Nicholls Landes Guerrero para que vigile el respeto al debido proceso, escrito en el cual acompaña varia documentación;

43) De fs. 8598 a 8613, corre el oficio No. PJ-2007-084, de fecha 05 de junio de 2007, suscrito por el Dr. Fabián Navarro Dávila como Procurador Judicial, Delegado del Superintendente de Bancos y Seguros, en el que determina que de acuerdo al formulario No. 295 "Nómina de Directivos de las Instituciones' Financieras", y que tiene relación al cargo de Nicolás Landes Guerrero, acredita que éste se ha desempeñado por los años 1995, 1996, 1997, 1998 hasta el 26 de; septiembre de 1999 como Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador y los Estatutos Sociales del Banco Popular del Ecuador S.A., de septiembre de 1999;

44) De fs. 8615 a 8659, consta el oficio No. SC.SG.2007-304 de 05 de junio de 2007 suscrito por el Dr. Víctor Cevallos Vásquez, en su calidad de Secretario General de la Superintendencia de Compañías, en el que pone a consideración lo siguiente: a) copia certificada del memorando No. S.C.IJ.DIDL.00219 de 23 de marzo del 2000; b) De los informes relacionados con Ceval Inc y BP No. 317 de 14 de

diciembre d999 y No. 022 de 17 de enero del 2000; 45) De fs. 8660 a 9247 consta el oficio No. AGD-UIO-66-2007-0914 de fecha 05 de junio de 2007, y más documentación, por medio de la cual la Ing. Gloria Sabando García en su calidad de Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, adjunta copias de algunos documentó entre ellos los siguiente: a) Oficio No. AGD-UIO-DNFA-2007-072 de 05 de junio de 2007, suscrito por el Econ. Mario Moncayo Donoso, como Director Nacional Financiero y Administrativo de la AGD (fs. 8663), en el que informa: A.1. Qué el saldo de la cuenta de ejecución del Banco Popular en Saneamiento (cuentas por cobrar) al 31 de marzo de 2007, asciende a US \$ 410.805.484.28; A.2. Que el salo de la Cuenta de Ejecución del Banco Popular en Saneamiento (cuentas por cobra) al 30 de abril de 2007, asciende a US \$ 413.179.993.17; b) Que el total que el Banco Popular tiene por pagar a la AGD (fs. 8675) es de US \$ 408.462.297,75; c) Que el patrimonio negativo del Banco Popular al 30 de abril del 2007 (fs.8678) es de 458'459.402.25; 46) De fs. 9313 a 9320 se agregan varios recortes de prensa que tienen relación con el caso y a la caída del Banco Popular del Ecuador; 47) De fs.9414 a 10062 consta el oficio No. PJ-2007 191 de 13 de Noviembre de 2007 suscrito por el Dr. Fabián Navarro Dávila como Procurador Judicial, Delegado del señor Superintendente de Bancos y Seguros, por el cual informa al Tribunal que con fecha 12 de Noviembre de 2007, ha remitido el oficio No. DSESL-RS-2007-198 suscrito por el Dr. Nelson Armendáriz Navarro, en el que adjunta la siguiente documentación: a) Informe de auditoría de los años 1996, 1997 y 1998 efectuados por la PRICE WATERHOUSECOOPERS; b) Copia certificada del expediente constituido en torno al oficio ING-INBGF-9903079 de 10 de septiembre de 1999; c) Copia del Estatuto del Banco Popular del Ecuador; y d) Copia certificada del Estatuto del banco Popular del Ecuador S.A., aprobado mediante resolución No. SB-INBGF-99-049 de 27 de julio de 1999; 48) A fs. 11.661 corre corre una certificación proporcionada por el Lic. Edgar Velastegui Romero, en su calidad de Secretario General de la AGD, de fecha 14 de noviembre de 2007, por la cual dice que revisados los archivos institucionales NO CONSTA como parte integrante del mismo el informe de labores del economista Iván Andrade, ex Administrador Temporal del Banco Popular del Ecuador; 49) De fs. 11770 a 11774, corre el oficio No. AGD-UIO-GG-2007-1755 de 20 de noviembre de 2007, suscrito por la Ing. Gloria Sabando García, en su calidad de Gerente General de la AGD, mediante la cual remite copia certificada de los siguientes documentos: a) De la resolución No. AGD-99-035 de 26 de Septiembre de 1999, por el cual el Dr. Jorge Guzmán como Superintendente de Bancos, somete al

Banco Popular del Ecuador a proceso de saneamiento; y b) De la resolución No. AGD-00-016 de 10 de abril de 2000, por el cual el Directorio de la Agencia de Garantías de Depósito, resuelve que el Banco Popular del Ecuador S.A., suspenda la atención al público a partir del día martes 11 de abril del 2000; 50) A fs. 11790 consta el Oficio PD 17373 de 14 de Noviembre de 2007, suscrito por el Economista Eduardo Valencia Vásquez, como Presidente de la Corporación Financiera Nacional, quien manifiesta: “(...) La Comisión que me honré en presidir, culminó con sus actividades con la entrega al Señor Presidente de la República de la síntesis de los resultados de la investigación”. Esa síntesis elaborada por la Comisión y la documentación de sustento se encuentran ya en el poder de las autoridades de la Función Judicial. En consecuencia, habiendo la Comisión cumplido la tarea para la que fue conformada mediante Decreto Ejecutivo 263 de 9 de abril del 2007 publicado en el Registro Oficial No. 67 de 19 de abril del 2007, me veo en la imposibilidad de cumplir con la petición hecha por Usted en la calidad de Abogado de la acusación particular (...)”; 51) De fs. 11.592 a 11.660 consta documentación que ha sido agregada por la Ing. Gloria Sabando García, mediante oficio AGD-UIO-GG-2007-1725 del 14 de noviembre del 2007, debiendo destacarse de la misma que el saldo de la cuenta de ejecución del Banco Popular en saneamiento al 30 de septiembre del 2007, (cuentas por cobrar al Banco Popular) es de 422, 334, 905.47 (fs. 11.595 y 11.646); y, que el estado de evolución del patrimonio al 30 de septiembre del 2007, es 458, 461, 682.79. 52) De fs. 52 a 53, consta el testimonio propio de Federico Alberto Chiriboga Acosta, quien dice: “(...) Al testigo se le instruye con el auto cabeza de proceso dice: Sobre este aspecto debo mencionar que en la Superintendencia en la Intendencia Nacional de Bancos y Grupos Financieros hay la obligación de auditar, controlar a las Instituciones y dicho informe nace de esa intendencia. Es elaborado por un grupo de personas que participaban en la comisión y puesto a consideración del Intendente respectivo y luego del señor Superintendente de Bancos. (...)”. 53) A fs. 439 consta el testimonio Propio de María Augusta Rivadeneira Ron, quien dice “(...) Tengo conocimiento de la operación de financiamiento entre el West Merchant Bank, Occidente y Ceval Inc., a través del informe de auditoria CAP-014 de 29 de noviembre de 1999, el mismo que fue entregado a la Intendencia Nacional de Bancos, en base a éste informe proporcioné ayuda logística en la elaboración del memorando, INJ-INBGF-2.000-001 de 5 de enero del 2000, que firma conjuntamente el Intendente Nacional de Bancos y el Delegado de la intendencia Nacional Jurídica (...)”. 54) De fs. 2225 y vta, 2226 y 2227 y vta, corren los testimonios Instructivos de

Echeverría Galindo Rodrigo Napoleón, Vladimir Vinicio Basada Fiallo y José Alberto Naranjo, respectivamente, quienes al deponer se afirman y ratifican en el contenido de sus acusaciones particulares. En el transcurso de la audiencia de juzgamiento del acusado, el Ministerio Público y la acusación particular presentaron como prueba los testimonios propios de: a) JOSÉ RICARDO AGUIRRE SILVA, quien a las preguntas de la acusación particular, respondió que: es Gerente General de Price Waterhouse Coopers del Ecuador Cía. Ltda.- P.- Cuál fue el último informe de auditoría presentado al BPE.- R.- Se le cita. Como ex Gerente de Price Waterhouse Coopers del Ecuador, firma auditora del Fondo Visión, que quien auditó el fondo visión fue la firma Price Waterhouse Coopers Nassau Bahamas, que el último informe que su representada presentó con relación al Banco Popular del Ecuador S.A. fue el relacionado con los estados financieros por el año terminado al 31 de diciembre de 1998. Documentos que le han sido requeridos y que el día 16 de noviembre de 2007 fueron presentados a este Tribunal. P.- Explique por qué motivo en el informe de auditoría presentado por la Price, se establece un párrafo final que dice: "Concluimos con dichos elementos que de haberse aplicado las normas contables de la Superintendencia de Bancos, el valor contable de la entidad antes mencionada incluida en el activo del Baco Popular del Ecuador S.A., se habría reducido en 61 mil millones de sucres?;. R.- Para poder explicar el párrafo 4 del informe de su representada es importante que se tenga el contexto completo del informe de los auditores independientes en donde se hace referencia a que han auditado el balance general adjunto del BPE al 31 de XII de 1998, y los correspondientes estados de pérdidas y ganancias, devolución del patrimonio y de cambios en la posición financiera por el año terminado en esa fecha y que estos estados financieros son de responsabilidad del banco y que su responsabilidad es expresar una opinión sobre esos estados financieros basados en la auditoria; aclara que la auditoria fue efectuada de acuerdo con normas de auditoría aceptadas y que requieren que una auditoria sea diseñada y realizada para obtener certeza razonable de si los estados financieros no contienen exposiciones erróneas o inexactas de carácter significativo, aclara que incluye un examen a base de pruebas de la evidencia que soportan las cantidades y revelaciones presentad en los estados financieros, también aclara que incluye una evaluación de los principios de contabilidad utilizados y de las estimaciones relevantes hechas por la administración, así como una evaluación de la presentación general de los estados financieros; una auditoria no asegura que los sistema de un banco ni cualquier otro sistema como los sistemas de proveedores y clientes son o

podrían ser compatibles con el año 2000; considera que su auditoria provee una base razonable para expresar una opinión; que los estados financieros que se adjuntan a su informe fueron preparados de conformidad con las normas contables establecidas por la Superintendencia de Bancos los cuales son una base contable integral que difiere de los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, en los aspectos que se describen en la nota 2.B a los estados financieros. En ese contexto como resultado del trabajo en su informe en el párrafo 4 expresa que: "Tal como se explica en la nota cinco de los estados financieros al 31 de diciembre de 1998, el banco mantiene participaciones directas e indirectas valorizadas en sucre millones 1 millón 188 mil (S/M 1, 188,000) en GFP Income Fund Inc. Nassau, cuyo activo está principalmente constituido por una cartera de inversiones en bonos emitidos internacionalmente por entidades públicas y privadas domiciliadas en países latinoamericanos para determinar su patrimonio. El GFP income Inc. Nassau valorizó dichas inversiones en base al método del costo amortizado adoptado en 1998 (valor de mercado en 1997) el cual excede el precio de mercado de dichas inversiones al cierre del año, el banco no ha constituido al cierre del año las provisiones requeridas por la Superintendencia de Bancos para valorizar este tipo de activo. Hemos estimado que de haberse aplicado estas normas el valor contable de la entidad antes mencionada incluida en el activo del banco se habría reducido mediante la constitución de provisiones por sures millones 8.500 para la participación directa y por sures millones 52.500 respecto a la participación indirecta a través de las subsidiarias en dicha entidad". Con este párrafo como auditores independientes mencionan en el párrafo 5 que "en nuestra opinión excepto por el efecto del asunto mencionado en el párrafo anterior, los estados financieros anteriormente mencionados presentan razonablemente en todos los aspectos importantes los activos pasivos y patrimonio del Banco Popular del Ecuador S.A., al 31 de Diciembre de 1998 y los resultados de sus operaciones las variaciones de su patrimonio y los cambios en la posición financiera por el año terminado en esa fecha de conformidad con las normas contables establecidas por la Superintendencia de Bancos. Para complementar la idea con el párrafo 4, presentaron el día 16 de noviembre una explicación detallada sobre el mismo. P.- Explique el testigo porqué motivo cae en contradicción al afirmar que los estados financieros presentan en todos los aspectos, activos, pasivos y patrimonio del Banco una real situación de la institución cuando en otro párrafo que usted acaba de leer expresamente afirma que el Banco Popular del Ecuador no ha constituido al 31 de octubre del 1998 las provisiones requeridas por las normas contables establecidas por la

Superintendencia de Bancos. Sí no ha establecido las provisiones requeridas por las normas contables por la Superintendencia de Bancos, porque afirma que los estados financieros reflejan la real situación del Banco?. R.- Su trabajo de auditoría y su informe fue elaborado siguiendo las normas de auditoría aceptadas y siguiendo esas normas un informe de un auditor independiente debe expresar las salvedades que hubiese encontrado en su trabajo, la salvedad que su representada incluye en el informe está dada en el párrafo 4 y por esa razón se explica claramente en el párrafo 5 en donde dice que "en nuestra opinión excepto por los efectos del asunto mencionado en el párrafo anterior los estados financieros que han sido mencionados presentan razonablemente en todos los aspectos importantes" y continúa el párrafo 5. P.- Diga el testigo si la garantía entregada por el Income Fun Inc, al WMB consta o no registrada en los asientos contables del BPE?. R.- La entidad GFP Income Fund Ink Nassau es una entidad que fue auditada por Price Waterhouse Coopers fiassau Bahamas, no conoce los detalles de esa auditoría y respecto a la garantía que se le pregunta no recuerda porque son 8 o 9 años atrás, si estuvo o no registrada? .P.- Diga cómo es verdad que las normas contables vigentes en el Ecuador y específicamente el art. 47 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero obligan a las instituciones bancarias a que se establezca en los balances Los activos y contingentes de las instituciones financieras?.R.- **Las normas de la Superintendencia de Bancos prevén el registro en el rubro o grupo de cuentas denominada cuentas contingentes algunos conceptos como avales y fianzas, cartas de crédito garantías etc., y las instituciones controladas por dicha superintendencia deben registrar de acuerdo con dicho catálogo las operaciones que se encasillan en los conceptos de cuentas contingentes. Las normas de la Superintendencia indican que los balances de los bancos deben incluir activos, pasivos y patrimonio, y adicionalmente informar sobre las cuentas contingentes y cuentas de orden, (las negrillas son nuestras)** P.- Diga el testigo si es que las instituciones financieras están obligadas a incluir los contingentes, como acaba de relatar, por qué motivo no hizo ninguna observación la Price Waterhouse Coopers, a tal punto de que ni siquiera menciona el hecho de que la garantía entregada por el Income Fund al WMB, no consta registrada en los balances del BP que fueron auditados por su firma?. R.- En el informe de auditoría han efectuado las observaciones que luego de realizado el trabajo y efectuadas las pruebas presentan como resultado, remítase al informe adjuntado, es necesario aclarar que la opinión de los auditores hace referencia a la presentación razonable o no, con las excepciones del caso respecto a la

razonabilidad de los estados financieros y se resalta que se refiere a los activos pasivos y patrimonio que es el contenido del balance general, en la práctica ecuatoriana se incluye a manera de revelación las cuentas contingentes y cuentas de orden. Las contingencias registradas por el BP se encuentran descritas en la nota 31, a los estados financieros del BPE en la técnica contable normalmente se explica que existen 3 tipos de contingencias las que son probables, las que son razonablemente posibles y las que tienen una probabilidad baja, la técnica contable aconseja para las contingencias probables se deban registrar, para las contingencias razonablemente posibles se deban revelar y para las contingencias de baja probabilidad normalmente la técnica contable no hace nada. Es la administración de un banco la que debe definir y calificar cada tipo de contingencia para tomar una acción independientemente de que deba cumplir con lo estipulado por la Superintendencia de Bancos. P.- Diga el compareciente si las normas contables ecuatorianas y específicamente el art. 47 de la LGISF hacen la diferenciación entre los 3 tipos de contingentes que acaba de relatar o simplemente conmina a las instituciones Financieras que registren los contingentes?. R.- La respuesta hay que dividirla en 3 partes Una las entidades bancarias deben cumplir con lo estipulado en una norma legal normas contables de la Superintendencia cualquiera que esta sea, también debería ser observada por las entidades bancarias, en aquella época año 1998, no recuerda con exactitud, las normas contables han ido evolucionado durante los últimos 8 o 9 años, en aquella época las normas contables hacían referencia a los conceptos enunciados. P.- Significa si efectivamente debía registrarse ese contingente en la contabilidad del año 1998?. R.- Los bancos deberían cumplir con las normas establecidas por la Superintendencia de Bancos y si una norma indicaba por ejemplo que tengo un aval debo registrar ese aval en el grupo de contingentes lo que quiere decir es que si hay un contingente que califica en las categorías o normas establecidas por la Superintendencia un banco debería registrarlo. P.- En el informe presentado por la Price Water House Coopers, consta un párrafo que dice: para determinar su patrimonio, GFP Income Fund Inc (Nassau) valorizó dichas inversiones con base en el método costo amortizado adoptado en 1998 (valor de mercado en 1997) el cual excede el precio de mercado de dichas inversiones al cierre del año". La norma contable internacional aconseja registrar las ir como las del Income Fund según el método de costo amortizado o de conformidad con el valor de mercado como se hizo en 1997?. R.- Los estados financieros de GFP Income Fund Inc Nassau del año 1998, de lo que recuerda, fueron preparados bajo una estructura de normas

contables diferente a la que se aplicaba en dicho momento en Ecuador, por lo que entiende los estados financieros del GFP Income Fund fueron preparados con normas internacionales de contabilidad, cree que deberían de ser del caso referirse al informe sobre dichos estados para ver la aplicación de dichas normas internacionales en otra jurisdicción. En el informe están explicando, al lector del informe, que ha habido un cambio de método para el registro de las inversiones en la entidad en el GFP Nassau, de lo que recuerda de las normas internacionales de contabilidad vigentes en el año 1998, daban la opción de registrar por el método de costo amortizado o valor de mercado. P.- Explique el testigo en qué forma incide el cambio al registrar las inversiones según el valor de mercado o al costo amortizado. Explique cuáles son las repercusiones legales y contables para un estado financiero?. R.- Las repercusiones legales no puede informar porque no es Abogado. En lo que tiene que ver con la parte contable los criterios efectos o impactos de la aplicación de normas internacionales de contabilidad en una entidad ubicada en Nassau, no le compete sino al auditor de dicha entidad lo que su representada está efectuando es realizar una estimación, de haberse aplicado las normas de la Superintendencia, al valor contable de la entidad antes mencionada y revelar el informe para que los usuarios del mismo sean informados. P.- La firma auditora DELOITTE & TOUCHE afirma en uno de sus informes que de la Price Waterhouse Coopers, no presentó el balance del Fondo Visión por el año 1999, porque iba a emitir un informe "adverso", precisamente por el cambio de procedimiento en la valorización de inversiones. Indique si esta afirmación de Deloitte tiene asidero o no?. R.- La firma auditora del Fondo Visión responsable de emitir el informe fue Price Waterhouse Coopers Nassu Bahamas, desconozco la información dada por DELOITTE & TOUCHE; a las preguntas del Abogado Defensor del acusado, Dr. Santiago Cuesta, respondió: Diga el testigo si en el Catálogo de cuentas de la Superintendencia de Bancos del Ecuador de 1998, existía como obligatorio que un contrato de Put Option sea considerado como un contingente?. R.- No recuerda si específicamente la norma de la Superintendencia de Bancos de aquella época decía específicamente ese hecho. P.- Sabía usted que la auditora internacional Arthur Andersen contratada por el Gobierno del Ecuador para efectuar auditorias a todos los bancos del sistema, tampoco hizo observación alguna en el balance del BP referente a la operación con WMB?. R.- Desconoce. P.- Conoce usted que por resolución de la Junta Bancaria de junio del año 2000, época en que el Dr. Juan Falconi Puig, era Superintendente de Bancos, determinó que en forma obligatoria se aplique el principio

de costo amortizado para las inversiones en bonos de largo plazo de todo el sistema ecuatoriano?. R.- Recuerda la aplicación del concepto, pero no específicamente en qué momento se dio. P.- Conoce usted que la Superintendencia de Compañías obligaba a todos los fondos de inversión constituidos a contabilizar bajo el método de costo amortizado sus inversiones hasta abril del año 2005?. R.- Recuerda la aplicación del concepto no específicamente la fecha en que cambió la norma. P.- Es el método de costo amortizado una norma contable generalmente utilizada en todo el mundo?. R.- No puede responder por la aplicación en el mundo, lo que puede responder es que las normas internacionales de contabilidad permitían la aplicación del método de costo amortizado como el valor de mercado, dependiendo de las jurisdicciones que en muchos países tienen aplicaciones específicas para cierto tipo de entidades un método u otro método. P.- Podría decir cuál era el patrimonio del BP al 31 de Diciembre de 1998, conformidad con su auditoría?. R.- Según el balance general al 31 de Diciembre de 1998, del BPE firmado por el señor Nicolás Landes Presidente Ejecutivo y por el señor Álvaro Bayas representante legal, el total del patrimonio del banco ascendía en millones de sucres a 474.855; y, como se expresa en la nota 27, a los estados financieros del Banco, el patrimonio técnico requerido ascendía a sucres millones 362.808 y el patrimonio técnico constituido ascendía a sucres millones 369.520. P.- Cuál era el excedente en millones de sucres que tenía el BP al 31 de Diciembre de 1998?. R.- En la nota a los estados financieros No. 27 del Banco se indica que el excedente es de sucres millones 6.712 que es la diferencia entre el patrimonio técnico requerido y el patrimonio técnico constituido. P.- Conocía usted que la auditora contratada por el Gobierno ecuatoriano Arthur Andersen constituyó un patrimonio técnico equivalente al 12.49 % cuando los requerimientos legales para esa fecha eran de tan solo el 9%?. R.- No conoce el informe de la firma Artur Andersen; **b) ING. GLORIA MARÍA DE LOS ÁNGELES SABANDO GARCÍA**, quien a las preguntas de la acusación particular manifestó, que actualmente desempeña las funciones de Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos P.- **Indique la testigo en balance del BPE, cortado al 30 de septiembre del 2007, a cuánto asciende la deuda del BPE, con la AGD?. R.- Al 30 de septiembre del 2007, por pagar al pasivo de la AGD, \$ 422'296.882, indica ha remitido cada uno de los documentos con la firma y rubrica de los responsables en la comunicación de 14 de septiembre de 2007 (revisar); P.- En base al mismo balance explique la testigo a cuánto asciende el patrimonio negativo del BP, al 30 de septiembre del 2007?. R.- El déficit patrimonial que se refleja al 31 de octubre**

es de \$ -627'309.180,64. (Las negrillas son nuestras). P.- Explique que si la deuda con la AGD asciende a más de 422 millones de dólares de qué manera se amplía el patrimonio técnico negativo a 627 millones y pico?. R.- Tendría que remitirse a los anexos, pero que el déficit patrimonial refleja todos los costos que ha tenido de una u otra forma de los bonos que el Estado entregó, el costo de financiero por la utilización de los mismos para el cumplimiento de las obligaciones de este Banco en saneamiento.

P.- Indique si en este patrimonio técnico negativo de más 627 millones de dólares está incluido la pérdida de más 160 millones de dólares de los accionistas de Fondo Visión o no?. R.- Al momento no podría responder tendría que remitirse a los libros del banco.

P.- El día de ayer, 21 de noviembre de 2007 aparece publicado en varios diarios del Ecuador que el BP Internacional, y el Jersey Prívate Bank, se encuentran en estado de liquidación voluntaria. Explique la testigo si la AGD interviene o no en esa liquidación y de qué manera?. R.- El proceso de liquidación es una actividad que está bajo la responsabilidad del organismo de control, es por ello que su liquidador lo aprueba el organismo de control competente en las Bahamas.

P.- Diga si tiene conocimiento del balance actualizado del BP Internacional, que a su vez es parte del BP del Ecuador?. R.- Como se conoce la Gerencia General de la AGD delega la administración de las instituciones financieras a dos profesionales competentes y calificados para hacerlo, es el administrador temporal de la Sierra quien suscribe los balances de los Bancos bajo su administración. En las instituciones de la Sierra se encuentra el BP del Ecuador, préstamos y Bancomex, sin embargo ellos presentan su informe o reportes a la Gerencia General.

P.- Indique si el Banco Popular Internacional y el Jersey Prívate Bank cuenta con patrimonio positivo, y si es así a cuánto asciende el patrimonio positivo?. R.- Del reporte que tiene, el **BP Internacional tiene un déficit patrimonial de \$ -119'907.312,13 al 31 de Octubre del 2007. El Jersey Prívate Bank, tiene -23'573.040,08. (Las negrillas son nuestras)**

P.- En base a las cifras que acaba de mencionar, indique si los perjudicados del BPI o del JPB, tienen alguna posibilidad de recuperar sus acreencias en ese Banco o no?. R.- Esperará el informe del liquidador del Banco; a las preguntas del Abogado Defensor del acusado, responde:

P.- Diga usted si la AGD recibió el informe de auditoría penal suscrito por el Dr. Dimitri Duran Mackliff el 16 de mayo del 2000?. R.- Debe dejar constancia que ha sido citada el día de ayer y que es Gerente General de la AGD desde el 21 de abril del año que recurre, y de lo que pude revisar entre ayer y hoy en los archivos no se le ha podido proporcionar el informe que menciona.

P.- Conoce usted si se ha elaborado algún otro informe de auditoría

penal adicional al que usted menciona no conocer, pero que consta en el proceso en el cual se haya encontrado algún delito cometido por algún funcionario del BPE?. R.- No tengo conocimiento al respecto. P.- Ha presentado usted alguna acción penal en contra de funcionarios o administradores del Banco Popular por delito alguno que usted hubiere encontrado en la administración del BP?. R.- Su nombramiento de Gerente ha sido en abril de este año, ha encontrado muchos casos abandonados en anteriores administraciones y de acuerdo a la ley para presentar este tipo de juicios debió hacérselo antes de que hubiera la acusación particular. P.- Conoce usted de alguna denuncia o demanda penal que hubiere iniciado la AGD en contra de funcionario alguno del BP?. R.- He revisado en las administraciones pertinentes pero no he encontrado ningún juicio; P.- En 7 años la AGD ha encontrado o denunciado algún delito cometido por algún funcionario del BP?. R.- No puede responder por las anteriores administraciones, su administración esta preocupándose por realizar una auditoría judicial a los procesos que le compete de los 10 bancos en saneamiento bajo su administración. P.- Diga usted cual es la cifra exacta de desembolsos en efectivo que hubiera entregado la AGD a las arcas del BP durante la intervención por parte de la AGD?. R.- A más de la cifra del hueco patrimonial que ya citó, no puede en este momento mencionar una cifra exacta del rubro que en este momento se le consulta. P.- Quien es la firma responsable de los balances que usted ha presentado a este Tribunal?. R.- El Administrador Temporal del Banco y el Auditor Interno de la institución. P.- Puede otorgarme el testigo el nombre de las personas que han suscrito esos balances y si han sido auditados por una empresa de reconocida solvencia en este país?. R.- A pesar de que el Banco se encuentra en saneamiento es una entidad que no pierde su carácter de privado, y por lo tanto el organismo natural de control es la Superintendencia de Bancos a donde estamos obligados a enviar los balances de este banco bajo la responsabilidad de la AGD, el Administrador Temporal de la Sierra o del BP en saneamiento es el señor Mario Albornoz Sáenz, el Auditor Interno es el señor Héctor Vergara y la contadora del Banco es la señora Margarita Carvajal. P.- Me puede dar usted el número de la matrícula del contador que firma dicho balance?. R.- No lo sabe de memoria, pero es la persona autorizada. P.- Diga de conformidad al supuesto balance que ha presentado cuáles eran los saldos aproximados de depósitos garantizados por la AGD a junio de 1999?. R.- Tendría que remitirse a los balances porque de memoria no lo sabe; P.- Si en 1999 firmas auditoras internacionales indicaban un saldo de depósitos garantizados por alrededor de 341 millones de dólares y el Dr. Patrici Dávila menciona

en su informe que de octubre de 1999 a junio del 2002 ingresaron 314 millones de dólares fruto de su cobranza de cartera, cómo es posible que hoy se adeuda 600 millones de dólares?. R.- No conoce, pero enfatiza que hay activos castigados por 236 millones de dólares que no han sido recuperados, que como ustedes conocen por ser estos castigados ya no constan en sus cifras absolutas en el balance; P.- De los supuestos créditos que menciona la testigo diga usted si se han cargado intereses a dichos créditos por parte de la AGD a sabiendas de que la Ley prohíbe a los bancos en saneamiento y liquidación pagar intereses sobre sus pasivos?. R.- El dinero tiene un costo en el tiempo, los intereses que se han cobrado de acuerdo a los informes de las personas o de los funcionarios responsables del área han sido de acuerdo a la utilización que el Banco en saneamiento haya efectuado. P.- Conoce cuáles son los activos que por 220 millones han sido castigados del balance del BP, podría mencionar cuáles son esos activos?. R.- Tendría que remitirse a la información que consta en los anexos correspondientes en la Institución, porque no puede tener en la memoria el listado de todos los clientes que no hayan podido o querido pagar sus obligaciones, por lo que debe remitirse a los anexos. P.- Conoce usted que entre los activos castigados se encontraba Campo Onado en Venezuela, Termo Cartagena en Colombia, Campo Ancón en el Ecuador, a los cuales ustedes les agregaron valor de cero, y qué sin embargo se han vendido. Conocía usted aquello?. R.- Recuerda que han sido parte de los activos que tenía el Banco Popular pero no conoce que se hayan vendido todos los que usted menciona. P.- Conoce usted que el Gobierno del Cnel. Chávez cuando cambio la ley obtuvo el 60% de los campos petroleros en Venezuela y pago AGD un valor por las acciones que tenía BP en dicho campo?. R.- Conoce la AGD está esperando un informe de resultados de la hoy en día empresa estructura mixta, por lo tanto no ha conocido que haya habido ningún ingreso por este concepto a la AGD hasta el momento. P.- Conoce si el campo petrolero Ancon ubicado en la Península de Santa Elena, fue vendido a una multinacional petrolera y el pago de los mismos fue acreditado al BPE o no?. R.- Tendría también que remitirse a los documentos de la institución, no conoce por el momento. P.- Conoce usted cuál es la real situación del BP en la actualidad?. R.- Tiene contestado en las preguntas que han antecedido a esta; c) **PEDRO MIGUEL DELGADO CAMPAÑA**, ocupación consultor, Se da lectura a su testimonio que obra a fs. 47. Del cual se ratifica; a las presuntas del acusador particular responde: P.- Indique el testigo desde qué fecha desempeñó el cargo de Intendente Nacional de Bancos en la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador?. R.- Desempeñó el cargo de Intendente mediante resolución 994324 ADM de

1999, adjunta documento certificado, que fue a la Superintendencia de Bancos en comisión de servicios de la Corporación Financiera Nacional, de 8 de diciembre de 1999, mediante oficio reservado AD 196 16, adjunta copia simple; el 19 de abril del 2000, renuncia a la comisión de servicios de la Corporación Financiera y pasa a ser funcionario de la Superintendencia de Bancos, manteniendo la misma función que le encomendada el 9 de diciembre de 1999; P.- Diga el testigo cómo es verdad que su condición de Intendente Nacional de Bancos emitió el memorando ING-INGBF-2000-001 del 5 de enero del 2000, dirigido al Superintendente de Bancos Dr. Jorge Guzmán?. R.- Como se menciono en su declaración original al ser Intendente Nacional de Bancos era su obligación coordinar y trabajar con los grupos que estaban a cargo de las investigaciones de la crisis bancaria, que debe aclarar que el memorando es el numero INJ-INBGF-2000-001, dirigido al Dr. Jorge Guzmán Superintendente de Bancos; que revisó en escritos presentados ante este Juzgado y adicionalmente en información pública que consta en la hoja WEB <http://bancopopulardelecuador.blogspot.com> que se hace mención a un boletín de Prensa en el que entre otras cosas, indica la existencia de un documento público adulterado en referencia al memorando indicado; hace entrega de una copia Certificada en la que consta una sentencia de sobreseimiento definitivo de la Acusación que se ha hecho por parte de Nicolás Landes en la que ponía en duda este documento, esta sentencia según consta es de miércoles 18 de diciembre de 2002, que se introduce como prueba de que no hay documento falsificado. P.- Explique el testigo al Tribunal, cuáles fueron las conclusiones, que usted en su condición de intendente Nacional de Bancos expuso en el memorando entregado al señor Superintendente de Bancos. R.- Las conclusiones a las que se llegó en ese documento fueron detalladas y explicadas en su declaración original en todo caso hacen referencia a una transacción financiera que no fue debidamente registrada en Banco Popular del Ecuador y que el momento que fue ejecutada por instrucciones de WMB por incumplimiento de las obligaciones contraídas por Ceval que afectó activos de BPE. La operación se originó por títulos emitidos por Oxidene por 27.5 millones de dólares, el contrato que se hacía referencia es de PUT OPTION AGRÉMENT, esa operación que era una operación de Ceval, comprometió en garantía activos de BPE y otras instituciones del grupo, compromiso que no fue reflejado en la contabilidad del Banco y que mediante carta de julio 30 de 1999, el señor Landes en calidad de Presidente Ejecutivo del Banco indica que no existía ningún gravamen sobre esos activos; el WMB ejecutó la garantía y según informe de DELOITTE & TOUCHE se genera una perdida en el Banco de 12.5

millones de dólares por el incumplimiento en las obligaciones de la Compañía CEVAL.

P.- Indique cómo es verdad que usted en su condición de Intendente Nacional de Bancos conoció de la comunicación enviada por el FEDERAL RESERV BANK OF ATLANTA, advirtiéndole que el INCOME FUND INC, había sido sobre valorado por los del BP, en 54.7 millones de dólares?. R.- Con fecha 20 de diciembre del 2000, y el 08 de enero del 2001, han recibido por parte del FEDERAL RESERV BANK OF ATLANTA (20 de Diciembre) y del OFFICE OF DE CONTROLER OCC, sendos informes que hacen relación a la situación de AMERICAN TRUST BANK, FONDOS VISIÓN, BPE, BPI Y OTRAS INSTITUCIONES DEL GRUPO POPULAR, que esos documentos fueron enviados a los equipos de trabajo de la Superintendencia para su revisión mediante memo INSEF-2001-079, (entrega copia simple del memorando); en cuanto a la pregunta en la página 15 de dicho informe, se dice textualmente en el tema de la valorización que el GFP Income Fund presenta un valor amortizado de 447 millones de dólares, mientras que el portafolio manejado por el American Trust Bank por los mismos activos presenta un valor de mercado de 148 millones de dólares, lo que demuestra dicha diferencia de valor;

P.- Diga el testigo cómo es verdad que el 18 de diciembre del 2000, usted conoció de un informe enviado por la Reserva Federal de Atlanta de los EEUU, en el que se denuncia que el BPE estaba registrando valores de los fondos por el administrados con metodologías de valoración no adecuadas?. R.- Se hace referencia al informe que en su respuesta anterior, que ese informe se refiere a transacciones de varias de las instituciones que conformaban el Grupo Financiero Popular, no se hace una referencia exclusiva al caso WMB o al caso Visión, es un informe general de distintas acciones que habían identificado las relaciones existentes entre esas instituciones que son analizadas en ese informe, y ratifica lo dicho en ese memorando; a las preguntas realizadas por el Abogado Defensor del acusado, responde:

P.- Firmó o no firmó usted dos informes con conclusiones distintas con el mismo número y la misma fecha?. R.- No hay dos informes iguales. Firmo el informe INJ- INBGF-2.000-001. P.- Firmó el informe INJ- INBGF-2000-001 cuyas conclusiones obran de fs. 2 a 6. R.- Se firmó el informe con la numeración indicada. P.- Firmó usted el informe con el No. ONJ-INBGF-2000 de la página 72. R.- Por esos informes presenté el sobreseimiento definitivo esta presunta falsificación de documentos que siguió el señor Landes, con lo que se ha demostrado que hubo un error administrativo en la Superintendencia y que una hoja de trabajo fue enviada con posterioridad a la Corte, pero frente a esa situación se ha entregado copia

certificada de la Corte porque desde hace mas de cinco años el señor Landes y sus abogados conocían que ese hecho fue aclarado de manera total y contundente y le sorprende que insistan en esta situación, que también debe protestar porque quienes llevaban el caso debían haber facilitado, en el momento oportuno el documento entregado hace un instante para que no queda dudas de este hecho. P.- Si los documentos de trabajo tienen fiel copia de recepción en la Superintendencia de Bancos o no?. R.- Desconoce. P.- Después de la denuncia presentada por el señor Landes se radicó a vivir en los Estados Unidos?. R.- Yo viví en los EEUU, pero no a partir de dicha denuncia. P.- Nombre el testigo los nombres de los técnicos de la Superintendencia de Bancos que elaboraron los informes, tanto para el primer informe borrador y el segundo informe?. R.- Los nombres de quienes trabajaron en los grupos y de quienes prepararon los documentos de respaldo constan de los anexos de dichos informes, ha pasando tanto tiempo no recuerda los nombres porque los grupos de trabajo no fueron de dos o de tres sino de muchas personas pero alguno de esos nombres los ha visto en la lista de testigos convocada; P.-Diga el testigo si en el Catalogo de Cuentas de la Superintendencia de Bancos, del cual debía estar en pleno conocimiento, existía en algún acápite la obligación de contabilizar como contingente la operación denominada PUT OPTION contri con el WMB?. R.- En las cuentas contingentes de acuerdo al catálogo de cuentas no se debía registrar la operación de Put Option, se debía registrar y era obligación de la administración del banco, el compromiso contingente adquirido por ese contrato y la administración del Banco era la responsable de hacer este registro. P.- En qué número de cuenta especifica debía contabilizarse el Put Option?. R.- Las cuentas contingentes se registran en cuentas cuyo origen es el numero 6, y los siguientes dígitos reflejan distintas operaciones, mal puede recordar específicamente una cuenta dentro de un catalogo de cuentas que contiene más de tres mil cuentas, con sus respectivas sub cuentas y todo lo demás; P.- Conoció usted el informe de auditoría de Arthur Andersen de 1999 entre mayo y junio referente al Banco Popular?. R.- No recuerda. P.- Conoció que se hicieron auditorias internacionales a todos los bancos del Ecuador?. R.- Si. P.- Conoció usted que Arthur Andersen no hizo ninguna salvedad respecto al crédito de WMB?. R.- Como consta en mi proceso en su declaración original mientras se hicieron las auditorias internacionales no era funcionario de la Superintendencia, los términos de referencia para ese trabajo delimitaban los objetivos, por tanto de acuerdo a las normas de auditoría los resultados reflejan lo que específicamente contienen los requerimientos solicitados; lo que si puede

decir es que, como ya mencione, que el 30 de julio de 1999, el señor Landes como representante del BP emite una carta certificando que no existía gravamen alguno sobre activos del banco, supone que esa es la razón por la que no se hace referencia alguna a este tema en ese informe; que es claro que cuando se emitió el informe de Arthur Andersen no se tenía conocimiento de la carta de 30 de julio de 1999; P.- Conocía usted que las auditorías internacionales fueron contratadas por el Gobierno Ecuatoriano para determinar el verdadero y real patrimonio de los bancos?. R.- Sobre los términos específicos de ese contrato ¿conoce lo que es público porque como dije no era funcionario de la Superintendencia en ese momento y los resultados de esos trabajos fueron entregados a las autoridades que en su momento estaban ejerciendo sus cargos;

d) Economista **ROSA MARÍA HERRERA DELGADO**, Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras en la Superintendencia de Bancos; a las presuntas realizadas por el señor Agente Fiscal, responde: P.- Informe si en la calidad de funcionaría de la Superintendencia de Bancos que ostenta, ha emitido informe u opinión sobre la operación objeto de este proceso?. R.- En la calidad de Intendente de Instituciones de Bancos y Grupos Financieros, encargada, en el año de 1999, emití un informe que debería ser revisado por la intendencia jurídica de la Superintendencia de Bancos sobre la operación del WMB y CEVAL INC., en calidad de Intendente, fue informada a finales del mes de septiembre de 1999, por el Administrador Temporal del BP que se habían ejecutado las garantías otorgadas a favor del WMB por una operación crediticia concedida por esta institución a CEVAL INC, accionista del Grupo Popular las garantías que se habían ejecutado correspondían a los títulos valores de un portafolio de inversiones denominado GFP INCOME FUND, que en su calidad de Intendente en consecuencia solicitó a la comisión de auditoría que prepare un informe y a su conclusión instruyó a la Administración Temporal se registren las provisiones correspondientes, que el informe de la auditoría una vez concluido fue remitido a la Intendencia jurídica para su revisión. P.- Desde el punto de vista técnico contable qué incidencia produjo la operación de financiamiento entre el WMB y el CEVAL INC., por el valor de \$ 115'300.000 en los activos, pasivos y patrimonio del BPE?. R.- Las principales conclusiones de la operación se pueden resumir en lo siguiente: El financiamiento WMB al CEVAL INC permitía concluir una escisión del grupo financiero pero en el hecho de haber cedido en garantías los títulos valores del GFC Income Fund, en los que participaba varias entidades del grupo financiero como el BPE, el p Y el JPB determinó que a la ejecución de esas garantías se produzca una

disminución de los activos, un registro de provisiones por la pérdida de esos activos, al haberse ejecutado la garantía eso tiene un efecto en el patrimonio de la entidad, adicionalmente dentro de la operación se consideraba como parte de las garantías una opción denominada PUT OPTION en la que existía la condicionalidad de ejecutarla y que el BPE debería cancelar una obligación si es que esta no era cubierta. La posibilidad de ocurrencia de este evento generaba la obligación de un registro y obviamente un requerimiento patrimonial. Estos pueden ser los principales efectos que pudo haber tenido la relación y que recuerda. Evidentemente una disminución de los activos en una institución financiera determina una afectación a los depositantes. P.- Informe si en base a la información disponible los partícipes del GFP INCOME FUND conocieron y o aprobaron o autorizaron como colateral, la entrega de activos al WMB, en virtud de la operación financiera a la que nos hemos referido?. R.- De lo que recuerda en el informe de auditoría se señalaba que de la información que pudo obtenerse para la preparación de dicho informe, no existió la autorización de los partícipes del GFP Income Fund. P.- Informe si de acuerdo a las Normas Contables de General Aceptación y o el Catalogo Único de Cuentas de la Superintendencia de Bancos y Seguros, debía contabilizarse los valores o activos que se comprometía en virtud del acuerdo denominado PUT OPTION AGREEMENT de 30 de junio de 1998, que representaba 27.5 millones de dólares?. R.- Para las normas de la Superintendencia de Bancos que están definidas en el Catálogo Único de Cuentas, el PUT OPTION, se considera un contingente, es decir un hecho que contiene una incertidumbre, es decir la posibilidad de que se ejecute o no un hecho, bajo esa definición la Superintendencia de Bancos señala que se deben registrar. El Catalogo Único de Cuentas, determina que si no se registra, no se representa la totalidad de la condición financiera de una institución. P.- Con alcance a la pregunta y respuesta anterior, informe la declarante si de acuerdo a la normativa a la que nos hemos referido, este contingente contenido en el PUT OPTION AGREEMENT en referencia debía provisionarse?. R.- Debía registrarse. No recuerda si la Superintendencia registró una provisión, si en el momento de ocurrencia del evento causa una pérdida se tiene que aprovisionar. P.- Informe si sobre la parte proporcional de los activos del GFP INCOME FUND correspondientes al BPE y el BPI, al entregarse en garantía de dicha operación quedaron grabados?. R.- El informe determina que quedaron grabados fueron cedidos en garantía y fueron ejecutadas esas garantías; a las preguntas de la acusación particular, responde: P.- Explique de qué manera se perjudicó con esta operación a los accionistas minoritarios del BP como consta en el punto 1 de las

conclusiones del informe?.R.- El informe determinó, que la garantía fue otorgada con activos del Banco correspondientes al portafolio del GFP en beneficio de CEVAL INC y de su accionista mayoritario; se comprometieron los recursos del banco proveniente de los depositantes. P.- Diga qué respuesta recibió la Superintendencia de Bancos a la comunicación remitida por usted a la señora Caroline Heald de la Reserva Federal del Banco de Atlanta mediante la cual solicitó que informe a la Superintendencia de Bancos los motivos por los cuales se suspendió la licencia que permitía operar al BPE en Miami?. R.- Realmente aquí me debo remitir a los informes correspondientes y a la documentación que recibió la Superintendencia, no recuerdo la respuesta a este documento. VER ESE DOCUMENTO CON LA RESPUESTA; a las preguntas realizadas por el Abogado. Defensor del acusado, respondió: P.- Diga si es cierto que usted firmó el oficio INGGF-99-3741 de fecha 29 de octubre de 1999, en su calidad de Intendenta Nacional de Bancos encargada, ordenando al Administrador Temporal del BPE contabilizar la pérdida de 12. 5 millones de dólares exclusivamente en los libros del JPB and Trust?. R.- Debe remitirse al informe y a la documentación; P.- Diga si es cierto que en el memorando No. CAP-014 de 29 de noviembre de 1999, es decir 30 días después al anteriormente mencionado, dirigido a usted por el señor Patricio García, Auditor de la Superintendencia de Bancos, quien preparó el informe sobre el caso WMB, dice que por instrucciones suyas la perdida de los 12.5 millones sean compartidas entre el JPB el BPI y el BPE?. R.- Como señaló en su calidad de Intendenta determinó que se registren provisiones y ahí se remite a los informes correspondientes; P.- Diga usted si el efecto contable de su primer memorando era reflejar una perdida contable solamente en el JPBT y no en el BPE?. R.- Los Informes de la auditoria determinaron una parte proporcional de participación de las instituciones que formaban el Grupo Financiero Popular en GFP, esto el BPE, BPI, y el JPB por lo tanto la instrucción fue distribuir proporcionalmente dichas provisiones. P.- Diga la testigo si usted ordenó inicialmente que se contabilice únicamente la perdida en el JPBT?. R.- Se remite a los informes; P.- Diga si el efecto contable de su posterior instrucción la de 29 de noviembre, era reflejar una perdida en los libros del BPE?. R.- Se remite a sus informes; P.- Por qué ordenó usted cambiar las pérdidas contables inicialmente contabilizadas en el JPBT y luego trasladar parte de ellas al BPE?. R.- Se remite a los informes. P.- Diga usted si al 30 de junio de 1998, el JPBT era 100% de propiedad de CEVAL beneficiarios del préstamo del WMB?. R. Se remite a los informes. P.- Diga cómo es verdad que recién el 31 de marzo de 1999, por instrucciones

de la Superintendencia de Bancos, el BP adquirió el 10.29 % del capital accionario del JPB?. R.- Se remite a los informes. P.- Diga usted si el patrimonio técnico o la situación patrimonial del BPE después del crédito otorgado el WMB, mejoró cuando se vendieron las acciones de sus filiales en Colombia y Venezuela y se canceló endeudamiento del BPE?. R.- Se remite a los informes no recuerdo eso. P.- Diga usted si ignora o no que la Sucursal del BPI en la ciudad de Miami fue cerrada a solicitud del BPE o no?. R.- No recuerdo, lo único que leyó fue una carta pidiendo explicaciones. Tiene en sus manos una carta firma al Federal Reserve Bank en la que señala que en conocimiento del Banco Federal de Atlanta decidió suspender la licencia que permitía al BPE operar con una agencia en Miami, este despacho solicita conocer los detalles. P.- Diga usted si en su calidad de Intendente Nacional de Bancos recibió comunicación del BPE en la cual se le mencionaba la decisión de cerrar su agencia en los EEUU en la ciudad de Miami?. R.- Me debo remitir a la documentación de la Superintendencia de Bancos; **JORGE WASHINGTON MOLINA NOBOA** Auditor Supervisor de la Superintendencia de Bancos, a las preguntas del Fiscal, respondió: P.- Informe el declarante si ha prestado servicios en la Superintendencia de Bancos y Seguros?. R.- Si. P.- Precise si ha conocido, emitido opinión o presentado algún informe técnico relacionado con la operación financiera materia de este proceso?. R.-Efectivamente, cuando asumí la supervisión del Banco Popular en diciembre de 1999 conocí que se había emitido un informe de auditoría sobre el caso WMB y la Compañía CEVAL INC., cuyos resultados habían sido además corroborados o convalidados por la Intendencia Nacional de Instituciones del Sistema Financiero, como consta en los documentos que se enviaron a la Intendencia Nacional Jurídica, Posteriormente fue convocado por la Intendencia Nacional Jurídica a una reunión de trabajo con el propósito de colaborar en la revisión de los hechos descritos en los y documentos ya referidos desde el punto de vista contable y financiero para lo cual en reuniones de trabajo realizadas en los primeros días del mes de enero del año 2000 Juntamente con la Dra. Sonia Pinto, Abogada de la Intendencia Jurídica y del Auditor Patricio García, autor del informe original se procedió a la revisión indicada y como resultado se emitió el documento de fecha enero 5 del 2000, que resume la operación de WMB con CEVAL INC, y que fue puesta en conocimiento, así como para la aprobación tanto del Intendente Nacional de Instituciones Financieras como del Intendente Nacional Jurídico de esa fecha. P.- Informe el declarante desde el punto de vista técnico financiero qué incidencia produjo la operación de financiamiento del WMB y CEVAL INC

por \$ 115'386.000 dólares, en los activos pasivos y patrimonio del BPE?. R.- Si nos remitimos a los efectos que produjo la liquidación de la garantía entregada a WMB representada por inversiones registradas en el portafolio del GFP INCOME FOUND en el cual tenían participación BPE, BPI, JPBT, el efecto de esta transacción fue el registro de pérdidas en las entidades que conforman el grupo financiero y adicionalmente una reducción en su patrimonio por este efecto. P.- Desde la perspectiva de las Normas de Contabilidad de General Aceptación y el Catalogo Único de Cuentas de la Superintendencia de Bancos y seguros debía registrarse contablemente el acuerdo denominado Pul Option Agreement de 30 de junio de 1998?. R.- Desde el punto de vista de las normas contables emitidas por la Superintendencia de Bancos todos los derechos u obligaciones potenciales que adquirieran las instituciones financieras deberían registrarse en el grupo de contingentes, en el caso del convenio PUT OPTION AGREEMENT Banco Popular del Ecuador adquiriría la obligación de comprar al WMB un pagaré por 27.5 millones de dólares en el evento de que WMB decidiera utilizar la opción de vender portante en mi opinión debía registrarse como contingente. A las preguntas de la acusación, respondió P.- **De acuerdo a los informes de auditoría a qué suma ascendió los perjuicios netos causados por esta operación?. R.- La pérdida total que registra el informe del auditor Patricio García asciende a 12.4 millones de dólares, que posteriormente fue ajustada a 24 millones de dólares en un alcance al informe 014 y que consta en el memorando IBP00030, aunque no lo recuerda muy bien. Según instrucciones de la Superintendencia de Bancos esta pérdida debía registrarse proporcionalmente en las entidades participes en el GFP INCOME FUND, que son BPE, BPI y JPBT. Está dado el hecho de que se redujeron los activos del BPE, por la liquidación de la garantía del WMB por lo tanto los depositantes perdieron cobertura, (la negrillas son nuestras);** a las preguntas del Abogado Defensor del acusado respondió: P.- Si usted opina que el PUT OPTION debió ser contabilizado como contingente en la contabilidad del BP, diga el número de la cuenta respectiva según el Catalogo Único de Cuentas?. R.- Para el año 1998, en que se suscribió el convenio no tiene presente la cuenta exacta que estaba en el Catálogo, sin embargo puede referir que en el Catalogo vigente existe la cuenta 6409 que registra las obligaciones en opciones; f) **TERESA DE JESÚS VITERI PAVÓN**, Perita Contable a las preguntas formuladas por el Agente Fiscal, respondió: P.- Cual fue la fuente documental que le sirvió de base para su informe pericial presentado en el sumario en relación a la operación de financiamiento instrumentada entre el WMB y el CEVAL

INC?. R.- Los documentos que constan en el proceso y otros proporcionados que le han sido entregados por el señor Fernando Armendáriz otros funcionarios de esta institución. P.- **Informe si para su pronunciamiento pericial consideró la apreciación y conclusiones contenidas en los informes técnicos emitidos por los auditores de la Superintendencia de Bancos y Seguros en los referidos informes.** R.- Si han revisado los balances enunciados por el BP, entre junio de 1998 y enero del 2000, han anexado los documentos enunciados a la Superintendencia de Bancos, todos los que constan en el anexo No.1. Ver anexo 31.1 de la carta del señor Armendáriz. **No ha recibido copia del Informe de la comisión de auditoría de la Superintendencia de Bancos, por lo tanto no hemos revisados los documentos para hacer el informe, (las negrillas son nuestras)** P.- Informe si en el Catalogo Único de la Superintendencia de Bancos y Seguros, recoge los referidos conceptos de contingencia y contingente?. R.- Toda contingencia constituye un contingente que debe ser registrado en el balance, el PUT OPTION es simplemente un contrato en el que una parte tiene el derecho de vender cierto bien a un precio predeterminado, la opción es que la primera parte puede o no ejercer este derecho, en todo o en parte, durante el plazo del contrato, la acción implica que hay un factor de incertidumbre ya que la ejecución de una opción puede depender de una serie de factores, que la hagan más o menos probable. **P.- Los eventos contingentes pueden afectar significativamente a la estructura de una entidad financiera?. R.- Si puede afectar, (las negrillas son nuestras)** P.- Si el acuerdo PUT OPTION AGREEMENT constituye un compromiso futuro?. R.- No, porque no es garantía. P.- Precise la declarante si un compromiso futuro que conlleve el desembolso de recursos está sujeto a registro contable?. R.- Registro como una garantía sí. A las preguntas realizadas por la acusación, respondió: P.- Explique la perito porque manifiesta; que no era necesario que se registre en la contabilidad del BP el contingente por 27.5 millones de dólares fruto del contrato denominado PUT OPTION AGRÉMENT, afirmación que contradice expresamente el art. 47 de la Ley de Institución del Sistema Financiero, que obliga a registrar los contingentes en los balances de la Institución Financiera?. R.- Ratifica lo que dice el informe. P.- Indique la perito porqué en el informe pericial presentado, en ninguna parte de él, expresa que no se contabilizó en los balances del banco el contingente por 27.5 millones de dólares?. R.- El Put Option no tiene el propósito de garantizar al WMB sino que responde exclusivamente a una estructura jurídica que usa regularmente dicho banco. P.- Diga la perito si tiene conocimiento que la Ley de

Instituciones del Sistema Financiero vigente en 1998, expresamente obliga a la instituciones financieras obliga a registrar todo tipo de contingentes?. R.- Ya tiene respondida; a las preguntas del Abogado Defensor del acusado, responde: P.- Conoce si su compañero de peritaje economista Pedro Pablo Baquerizo luego de haber presentado su informe, y luego de haber sido conocido por la Súper Intendencia de Bancos fue nombrado Intendente de Bancos? sí o no?. R.- Si conozco. QUINTO.- La cuestión fundamental sobre la cual va a decidir este Tribunal, es la siguiente: determinar si la participación de GFP Income Fund al comprometer en garantía del préstamo otorgado por el West Merchan Bank a la Compañía CEVAL Inc. cuyo accionista principal es Iván Nicholls Landes, fondos de su propio portafolio -garantía que después fue ejecutada-, perjudicó o no el patrimonio de sus inversionistas; y si en el caso concreto del Banco Popular del Ecuador -inversionista de GFP Income Fund- , ese perjuicio patrimonial constituyó por parte del señor Iván Nicholls Landes Guerrero, ex Presidente Ejecutivo de dicho Banco, abuso de fondos bancarios privados, y en consecuencia, delito de peculado según lo dispuesto en el Art. 257 del Código Penal.- El señor José Ricardo Aguirre Silva, al rendir su testimonio propio en la audiencia de juzgamiento, dijo lo siguiente: Tal como se explica en la nota cinco de los estados financieros al 31 de diciembre de 1998, el BPE mantenía participaciones directas e indirectas en GFP Income Fund. La Ing. Gloria Sabando García, en su testimonio dice: el déficit patrimonial del banco Popular (patrimonio negativo) que se refleja al 31 de octubre del 2007, es de seiscientos veinte y siete millones trescientos nueve mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, con sesenta y cuatro centavos; la Ing. Sabando expresa que el déficit patrimonial refleja todos los costos que ha tenido de una u otra forma el Estado Ecuatoriano en el Banco Popular del Ecuador, los bonos que el Estado entregó, el costo financiero por la utilización de los mismos para el cumplimiento de las obligaciones de este banco en saneamiento. Afirmo también que en el Banco Popular del Ecuador hay activos castigados por doscientos treinta y seis millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica que no han sido recuperados por la AGD. Pedro Miguel Delgado Campaña, afirma que: la operación se originó por títulos emitidos por Oxidene por 27.5 millones de dólares, esa operación que era una operación de CEVAL comprometió en garantía activos del Banco Popular del Ecuador y otras instituciones del grupo. La Economista Rosa María Herrera, dijo en su testimonio recibido por el Tribunal en la audiencia de juzgamiento que fue informada a finales del mes de septiembre de 1999 por el Administrador Temporal del Banco

Popular que se habían ejecutado las garantías otorgadas a favor del WMB por una operación crediticia concedida por esta institución a CEVAL Inc. , accionista del Grupo Popular; las garantías que se habían ejecutado correspondían a los títulos valores de un portafolio de inversiones denominado GFP Income Fund, que en su calidad de Intendente en consecuencia solicitó a la comisión de auditoría que prepare un informe y a su conclusión instruyó a la administración temporal se registren las provisiones correspondientes; el informe determinó que la garantía fue otorgada con activos del Banco Popular del Ecuador correspondientes al portafolio del GFP en beneficio de Ceval Inc. y de su accionista mayoritario (Iván Nicholls Landes); se comprometieron los recursos del Banco provenientes de los depositantes. Jorge Washington Molina Noboa, al rendir su testimonio afirmó: si nos remitimos a los efectos que produjo la liquidación de la garantía entregada al WMB, representada por inversiones registradas en el portafolio del GFP Income Fund en el cual tenían participación, entre otros el Banco Popular del Ecuador, el efecto de esta transacción (ejecución de la garantía) fue el registro de perdidas en las entidades que conforman el grupo financiero y adicionalmente una reducción en su patrimonio por este efecto. Continúa el testigo Molina Noboa diciendo que: la pérdida total que registra el informe del auditor Patricio García asciende a 12.4 millones de dólares, que posteriormente fue ajusta a 24 millones de dólares en un alcance al informe 014; según instrucciones de la Superintendencia de Bancos, esta pérdida debía registrarse proporcionalmente en las entidades partícipes en el GFP íncome Fund que son. Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional y Jersey Prívate Bank & Trust; se redujeron los activos del Banco Popular del Ecuador por la liquidación de la garantía del WMB, por lo tanto los depositantes perdieron cobertura. Consta de autos que la accionista principal de la compañía CEVAL Inc. a la fecha que ésta recibió el crédito del WMB. era el señor Iván Nicholls Landes Guerrero quien a la vez era el Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador Es injustificable que para garantizar una operación crediticia de VECAL Inc. cuyo accionista principal era al mismo tiempo Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador, se hayan comprometido fondos que este Banco tenía invertidos en GFP Income Fund y que se perdieron como consecuencia de la ejecución de la garantía producida por el no pago de la obligación contraída por CEVAL Inc. en el WMB. El Tribunal juzga los resultados de este hecho en el patrimonio del Banco Popular del Ecuador cuyos fondos debía administrarlos el señor Iván Nicholls Landes Guerrero con especialísimo cuidado, pues ellos estaban constituidos no solamente por el aporte de los

accionistas del referido banco sino por los depósitos de sus clientes en los diferentes productos que el Banco ofrecía; en concordancia con esto, es irrelevante por tanto establecer, si el PUT Option Agreement estaba o no contabilizado en el balance del Banco al 30 de julio de 1999, fecha en la que el señor Iván Nicholls Landes Guerrero afirma que sobre la base proporcional de los activos GFP Income Fund que corresponden al Banco Popular y Banco Popular internacional Limited, no pesa gravamen alguno; y es irrelevante porque la ejecución de la garantía y el consecuente perjuicio al patrimonio del Banco Popular del Ecuador, es posterior a esa fecha. Igualmente, el Directorio del Banco Popular del Ecuador al aprobar el 17 de junio de 1998 los términos y condiciones de la operación de financiamiento suscrita por WMB el 9 de junio de 1998 a favor de CEVAL Inc. nada tuvo que ver ni con el otorgamiento de las garantías ni con la ejecución de las mismas, (hecho este último que provoca efectivamente el perjuicio al Banco Popular del Ecuador) como queda confirmado en el memorando Nro. CAP-014 de 29 de noviembre de 1999, suscrito por el señor Patricio García C, integrante de la Comisión Auditora del Banco Popular, dirigido a la Eco. Rosa María Herrera Intendenta General de Banco y grupos Financieros en el que se llega a la conclusión de que el administrador del GFP Income Fund no contaba con la autorización expresa de los accionistas para dar en garantía títulos valores del portafolio al WMB y que, de los niveles de autorización del Banco Popular del Ecuador, la garantía dada por el GFP Income Fund al WMB debió haber estado respaldada por una autorización expresa del Directorio del Banco Popular del Ecuador, la cual nunca existió; por esta razón, entre otras, este Tribunal, en sentencia de 28 de agosto del 2006, absolvió a los señores Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Rarnos, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez Villacreses, Jean Daniel Benoit, William de Rosa, Fernando Armendáriz Saona y Renán Fabián Encalada Garrido, aseverando en aquella sentencia, que respecto de sus conductas no eran constitutivas de infracción pues como puede expresar hoy este Tribunal al tener la capacidad de analizar y valorar en su conjunto toda la operación relacionada con la ejecución del otorgado por el WMB a CEVAL Inc., la infracción no estuvo jamás en la aceptación de oferta de financiamiento que fue dada por el Directorio del Banco Popular del Ecuador, integrado por las personas absueltas, sino en la muy posterior entrega de garantías y ejecución de las mismas en las cuales, como es evidente, tuvieron que ver Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez Villacreses, Jean Daniel Benoit, William de Rosa, Fernando Armendáriz Saona y Renán Fabián Encalada

Garrido, absueltos por este Tribunal. Es irrelevante que el tribunal se refiera a las imputaciones relacionadas con la supuesta comisión por parte del acusado Iván Nicholls Landes Guerrero de las infracciones contempladas en los literales a) y b) del Art. 131 de la Ley General de art. 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que consta en la excitativa fiscal presentada por la Dra. Yolanda Paredes Flores, a esa fecha Ministra Fiscal Distrital de Pichincha Encargada, y también expresadas por el Agente Fiscal Jorge Cano Racines, en la audiencia de juzgamiento del acusado. Resolviendo la cuestión planteada, esto es, determinar si la participación de GFP Income Fund al comprometer en garantía del préstamo otorgado por el West Merchant Bank a la compañía CEVAL Inc. cuyo accionista principal es Iván Nicholls Landes, fondos de su propio portafolio -garantía que después fue ejecutada-; perjudicó o no el patrimonio de sus inversionistas; y si en el caso concreto del Banco Popular del Ecuador- inversionistas de GFP Income Fund-, ese perjuicio patrimonial constituyó por parte del señor Iván Nicholls Landes Guerrero, ex Presidente Ejecutivo de dicho Banco, abuso de fondos bancarios privados, y en consecuencia, delito de peculado según lo dispuesto en el Art. 257 del Código Penal, afirmamos como consecuencia de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, que: a) El Banco Popular del Ecuador tiene un patrimonio negativo de seiscientos veinte y siete millones trescientos nueve mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, con sesenta y cuatro centavos; b) Que este déficit patrimonial ha tenido que ser asumido por el Estado Ecuatoriano a través de la Agencia de Garantía de Depósitos, AGD, que el hecho que se juzga y la pérdida patrimonial provocada por éste son evidentemente parte de este déficit patrimonial; c) Que el señor Iván Nicholls Landes Guerrero, era a la vez accionista principal de Ceval Inc; Presidente Ejecutivo del Banco Popular del Ecuador; d) Que si bien es cierto el Banco Popular del Ecuador recibió de la compañía CEVAL inc. El valor correspondiente al precio de las acciones de Banco Andino de Colombia y de Fivenez de Venezuela, valores pagados por CEVAL Inc. y obtenidos por el préstamo otorgado por el WMB a favor de esta compañía, no es menos cierto que el Banco Popular del Ecuador se vio afectado patrimonialmente al perder la parte proporción de sus inversiones en el GFP Income Fund cuando el WMB ejecutó las garantías que para avalar el préstamo de CEVAL Inc. dio ilegalmente el GFP Income Fund en perjuicio de sus accionistas Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional, y Jersey Private Bank & Trust; e) Sí se examina detenidamente, otro lado la sentencia de extradición, expedida por las autoridades judiciales de la República de Costa Rica, en

contra de Iván Nicholls Landes Guerrero, citada en líneas arriba, se puede apreciar que es precisamente este punto, el que constituye la acusación probada más contundente y evidente en contra del acusado y que le hace responsable del delito de peculado tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal Ecuatoriano; por lo que la presunción de inocencia garantizada por la Constitución Política de la República ha sido desvirtuada más allá de toda duda razonable. Por las consideraciones expuestas, en mérito de las pruebas actuadas en el proceso y en la audiencia de juzgamiento del acusado Iván Nicholls Landes Guerrero, y acogiendo parcialmente el pronunciamiento del Dr. Jorge Cano Racines en representación del Ministerio Público, y en aplicación a lo dispuesto en los arts. 157 e inciso segundo del Art. 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983 **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, el Tercer Tribunal Penal de Pichincha declara a **INAN NICHOLLS LANDES GUERRERO**, ecuatoriano, de 57 años de edad, de instructor superior, de profesión Economista, con cédula de ciudadanía 170802693-3 domiciliado antes de su detención en el Sector de Guapulo en esta ciudad de Quito y actualmente recluso en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito No. 1, **autor** responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, vigente a la fecha del cometimiento de la infracción; y, por cuanto el delito cometido causó gran alarma social, circunstancia agravante contemplada en el primer inciso del Art. 30 del Código Penal, por lo que no se considera atenuantes de conducta presentadas por el Abogado de la Defensa del acusado, para la modificación de la pena a su favor, en tal virtud, se le impone la pena de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**. La pena privativa de libertad la cumplirá el sentenciado conforme al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, vigente a la fecha de cometerse la infracción, en el centro penitenciario donde actualmente se encuentra recluso, debiendo descontársele todo el tiempo que hubiere permanecido privado de su libertad por esta causa. El sentenciado, además, queda perpetuamente incapacitado para desempeñar cargo alguno en las instituciones del sistema financiero; a fin de que se cumpla con esta disposición, ofíciase a la Superintendencia de Bancos. Con el objeto de dar cumplimiento al Acuerdo de Extradición con el Gobierno de la República de Costa Rica, notifíquese de esta sentencia al señor Canciller de la República del Ecuador, sin perjuicio de que se lo haga también al señor Embajador de la República de Costa Rica, mediante copia certificada, a través de atenta comunicación. De igual manera hágase saber del contenido de esta resolución al señor Defensor del

Pueblo, quien ha señalado domicilio judicial para precautelar el respeto del debido proceso. Las acusaciones particulares presentadas: y a las cuales representa el señor Eco. José Alberto Naranjo, en su calidad de Procurador Común, en contra del sentenciado Iván Nicholls Landes Guerrero, se declara procedente, por lo que además deberá pagar los daños y perjuicios por el mal causado. Fijase en mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica los honorarios del Dr. Víctor Hugo Rodríguez, Abogado defensor de los acusadores particulares, cantidad de la cual se deducirá lo que por Ley corresponda al Colegio de Abogados de Quito.- Léase y Notifíquese.-

Dra. Gladys Terán Sierra

PRESIDENTA

Dr. Julio César Vasco Yépez

VOCAL JUEZ SUPLENTE

Dr. Luis Peñalosa Garnica

VOCAL JUEZ AD HOC

Dr. Edgar Torres Jácome

SECRETARIO

ANEXO 4

SENTENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

BANCO DEL POPULAR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SEGUNDA SALA DE LO PENAL.-

Quito, 16 de abril de 2008; las 09h00.-

VISTOS: El Tercer Tribunal Penal de Pichincha con fecha 31 de agosto de 2006 a las 16h00, dicta sentencia absolutoria a favor de Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordoñez Villacreses, Jean Daniel Benoit, William de Rosa, Fernando Armendáriz Saona y Renán Fabián Encalada Garrido; de este fallo, interponen recurso de casación el Economista Rodrigo Napoleón Echeverría Galindo, Procurador Común de los acusadores particulares; y, los procesados Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt y Rubén Ordoñez. Por sorteo de Ley el conocimiento de estos recursos le ha correspondido a esta Segunda Sala Penal, la que previo a resolver

por haber agotado el trámite que corresponde considera: PRIMERO.- El Economista Rodrigo Napoleón Echeverría Galindo, en calidad de Procurador Común de los acusadores particulares, Laura Tromellini Ansaldo, Grecia Luzmila Acosta Montúfar, Ramón Antonio Moreira, Julio Oñate, Sra. Isabel Flores vda. de Vacas Gómez, Dr. Vladimir Basabe Fiallo, Ec. César Campana Vallejo, Sr. Jorge Enrique Chaparro Plazas, Sra. Gloria Galarza Vinuesa, Dra. Mariana Almeida López, Ing Pablo Stacey Moncayo, Sra. Julia del Carmen Silva Luzuriaga, fundamenta el recurso de casación expresando que “1) EL TERCER TRIBUNAL PENAL DE PICHINCHA VIOLÓ EL ART. 257 DEL CODIGO PENAL, AL NO HABER APLICADO EL MENCIONADO ARTICULO QUE TIPIFICA EL DELITO DE PECULADO, OMISIÓN ATRIBUIBLE A UNA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE ESTA NORMA LEGAL.- Esta violación de las ley es atribuible tanto a una errónea interpretación de la norma legal cuando a una defectuosa valoración de la prueba incorporada al proceso, con infracción del Art. 61 del Código de Procedimiento Penal anterior, con el que se tramitó la presente causa, dando por resultado que se haya absuelto a los procesados, en contravención al inciso segundo del Art. 326 del mismo cuerpo de leyes, pues habiéndose comprobado la existencia materia de los delitos previstos en los Art. 257, 339, 560, 576 y 577 del Código Penal, así como los Art. 131 literales a, b, c y d; y Art. 134, literales c, e, f., g, h, i y j, de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero vigente a la fecha de la comisión de los delitos, éstos últimos en concordancia con los artículos Art. 363 y 576 del Código Penal, respectivamente, los procesados debieron ser condenados por el delito de peculado. Consecuentemente, habiéndose comprobado la responsabilidad de todos los procesados, debieron ser condenados a la pena máxima de reclusión mayor ordinaria, de 8 a 12 años establecida en el Art. 257 del Código Penal, en aplicación del numeral 2 del Art. 81 del mismo Código, que ordena imponer la pena señalada para el delito más grave cuando concorra un delito de prisión correccional con otro de reclusión.- 2.- EL TERCER TRIBUNAL PENAL DE PICHINCHA VIOLO LA LEY EN SENTENCIA, E INCURRIO EN UNA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ART. 257 DEL CÓDIGO PENAL, CUADO AFIRMÓ: “Los abogados de los miembros del Directorio del Banco Popular, han alegado que sus representados no han cometido delito alguno por haber concurrido a la sesión de Directorio del 17 de junio de 1998, donde se ha aprobado, se suscriban los documentos necesarios para la instrumentación del financiamiento propuesto por el West Merchant Bank a favor de la Compañía Ceval Inc.; puesto que si bien aquel comportamiento se halla previsto en el inciso tercero del

Art. 257 del Código Penal, en concordancia con el Art. 30 de la ley de Instituciones del Sistema Financiero, la norma adjetiva penal ha sido establecida con posterioridad al supuesto hecho delictivo, no siendo aplicable la retroactividad de la ley para contrariar principios universales y constitucionales. Invocación que acoge el juzgado por cuanto, en aplicación del Art. 18 de la Constitución Política de la República, que consagra la aplicación del Art. 18 de la Constitución Política de la República, que consagra la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías determinados en ella y en los Instrumentos vigentes por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, así como del numeral 1 del Art. 24 ibidem que dice: “Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como ley penal”, en la especie se advierte que la ley N° 99.26, publicada en el Registro Oficial N° 190 de 13 de Mayo de 1999, que reforma el Art.257 del Código Penal, incluyendo entre los sujetos activos de peculado a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las instituciones del sistema financiero nacional privado, no se encontraba vigente a la fecha de la sesión del Directorio, esto es al 17 de Junio de 1998 razón por la que esta disposición no puede ser aplicada a los procesos en razón del principio de legalidad, previsto en el Art. 2 del Código Penal”.- 3.- El Tercer Tribunal de Pichincha ha incurrido en error de derecho al considerar como no aplicable el Art. 257 del Código Penal, arguyendo que a la fecha de la comisión del delito acusado no eran sujetos activos de peculado los miembros de los directorios y demás administradores de los bancos privados. A respecto existe abundante jurisprudencia que demuestra con claridad meridiana como, por reforma al Art. 257 del Código Penal, realizada mediante Decreto Supremo N° 1429 publicada en el Registro Oficial N° 3337 de 16 de mayo de 1977, ya se estableció como sujeto activo de delito de peculado a los servidores y administradores de los bancos privados, cuando abusen de fondos o bienes privados y el historial del Peculado Bancario para los servidores y administradores de bancos privados es mucho más antiguo. Como afirma la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio que, por el delito de peculado se siguió en contra Sr. Alejandro Peñafiel Salgado, publicada en la Gaceta Judicial N° 14, de la Serie XVII, año CV, correspondientes a los meses de Enero – Abril del 2004, el delito de peculado para los administradores bancarios, incluyendo los directorios de los bancos, se encuentra vigente en realidad desde el año de 1837.- Es falsa por tanto, la afirmación del Juzgador, cuando expresa que a la fecha de la comisión de los delitos que se Juzgan, no se encontraba vigente el numeral tercero del Art. 257 del Código Penal. En la

referencia gaceta judicial se encuentra publicado el fallo dictado por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio por peculado seguido en contra del ex banquero Sr. Alejandro Peñafiel Salgado. A fojas 4641 y vuelta de la gaceta, la Corte Suprema efectúa el recuento de la evolución histórica en el Ecuador del delito del Peculado, y afirma: El denominado peculado bancario, llamado así para distinguir el que se comete en las instituciones del sistema financiero, del que se comete en las instituciones del sistema financiero, del que se perpetra en las entidades del sector público, aparece ya en reforma al entonces Art. 236 del Código Penal de 1938 (hoy art. 257), que dispone.- El artículo 236 del Código Penal dirá serán: reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio públicos o privados, de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieran en su poder, en virtud o en razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. También están comprendidos en esta disposición los que como empleados manejen fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión”. Tal disposición estuvo vigente hasta el 20 de Agosto de 1960, en que entró a regir la Codificación del Código Penal hecha por la comisión Legislativa Permanente, publicada en el suplemento al número 1202 de Registro Oficial de esta fecha, en cuyo artículo 233 se tipificó el delito de peculado, con la siguiente redacción del inciso segundo: Están comprendidos en esta disposición, los que, como empleados, manejen fondos del Banco Central, del Sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales, y de las Cajas de Provisión Social”.- En la codificación del Código Penal publicada en el suplemento al número 147 del Registro Oficial de 22 de Enero de 1971, se tipificó el peculado en el Art. 257 sustituyéndose el inciso segundo (del artículo 233 del código de 1960) los vocablos y de las Cajas de Previsión Social manteniéndose como imputables de peculado a los bancos comerciales.- Cuando se expidió la Ley orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el registro Oficial 337 de 16 de mayo de 1977, por lo dispuesto en su artículo 396, se unificó en el artículo 257 del Código Penal las disposiciones hasta entonces contenidas en los artículos 258 y 259 ibidem, y se redactó el inciso tercero del Art. 257 al tenor siguiente: “Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejan fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados”. Este texto del inciso tercero del Art. 257 quedó incorporado al Código Penal, de modo que, al derogarse el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración

Financiera Control (por lo dispuesto en el Art. 99 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 595 de 12 de junio del 2002), en nada se afectó al Código Penal, cuerpo normativo Independiente, cuyo artículo 257 no fue derogado de manera expresa ni en forma tácita, por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, algunas de cuyas normas se remite precisamente al artículo 257 del Código Penal. Más, como surgió alguna inquietud en el foro y en la prensa sobre los efectos de la derogatoria del artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en relación con la vigencia del artículo 257 del Código Penal, el Tribunal en pleno de la Corte Suprema de Justicia expidió la resolución publicada en el Registro Oficial número 604 de 25 de Junio 2002, mediante la cual se declaró que no había dejado de regir la norma punitiva que tipifica y reprime el peculado. “..El inciso segundo del artículo 121 de la actual Carta política reitera la norma constitucional vigente desde enero de 1966, preceptuando que:.. Lo dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delito de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados.

Estas normas también se aplicará a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad. Que la Constitución Política de la República haya reafirmado la responsabilidad penal de los dignatarios de elección popular, funcionarios, empleados y en general de los servidores públicos; y; más aún que extienda la responsabilidad penal en el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos a quienes no tenga tal calidad pero hubieren participado en el ilícito, no significa que legislador constituyente haya derogado el inciso tercero del Art. 257 del Código Penal, que establece responsabilidad penal por el delito de peculado a los servidores de las instituciones financieras que abusen de los fondos encargados a su manejo. Así como la Constitución Política extendió la responsabilidad por peculado a los particulares que participen en el delito, el artículo 19 de la Ley 99-26 promulgada en el Registro Oficial 190 de 13 de mayo de 1999 amplió también la calificación de sujetos activos de peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados y ciliales de directorio o de consejos de

administración de las instituciones del sistema financiero privado, extendiendo la imputabilidad a quienes, sin tener el manejo de los fondos, pero siendo servidores del sistema financiero, contribuyan en la perpetración del delito; y, esta ampliación del sujeto inculparable de peculado bancario, no significa que recién el 13 de mayo de 1999 se hubiesen tipificado como peculado el abuso de los fondos encardados al manejo de un administrador bancario, cuando lo cierto es que, desde la reforma al Código Penal Publicada en el Registro Oficial de 23 de Octubre de 1941, los empleados de los bancos son sujetos del delito de peculado, y desde la reforma promulgada en el registro oficial de 16 de mayo de 1977. Son reos de peculado todos los “servidores de los bancos estatales y privados (no solo los empleados) que abusen de los fondos que manejen. Igualmente, en la Gaceta Judicial Serie XVII, N° 9, correspondiente a los meses de Mayo –Agosto del 2002, a fojas 2845 consta publicada la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio penal N° 128 – 201, que por el delito de Peculado se sigue en contra del Dr. Fernando Aspiazu Seminario. Las conclusiones vertidas en esta sentencia son similares a la jurisprudencia anterior que acabo de transcribir”. 4.- Que también el juzgado viola la ley en la sentencia porque contraviene expresamente el texto del Art. 64 del Código de Procedimiento Penal respecto a la aprobación de la prueba, porque no calificó la prueba en su conjunto, ni aplicó la regla de la sana crítica, violando las leyes reguladoras de la apreciación de la prueba lo que amerita un re-examen de todo el proceso particularmente de los informes provenientes de la Superintendencia de Bancos como órgano de control, que han sido desestimados arbitrariamente, a pesar de que demuestran la comisión de delito de peculado materia de juzgamiento; y además no se consideran la abundante prueba pedida ordenada y practicada por el mismo Tribunal Penal a petición de la acusación particular, en aplicación del Art. 278 del Código de Procedimiento Penal, lo cual ha conducido a que el juzgador emita un fallo que no es el resultado del análisis conjunto de las pruebas practicadas, porque vulnerando las reglas de la sana crítica se limita a examinar solamente las pruebas favorables a los procesados. Que el Tercer Tribunal Penal de Pichincha “viola la ley en la sentencia y efectúa una falsa aplicación del Art. 333 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal anterior, al analizar unas poquísimas (sic) pruebas en relación a la materialidad o existencia de la infracción, ignorado las demás pruebas constante en los ochenta y dos cuerpos del proceso”.- SEGUNDO.- Los procesados Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt y Rubén Ordoñez fundamentan su recurso de casación expresando en lo

principal que: el juzgado a violentado la ley en la sentencia al no haber aplicado el último inciso del Art. 61 del Código de Procedimiento Penal, por no haber declarado en la sentencia absolutoria recurrida que la acusación particular es maliciosa y temeraria.

TERCERO.- El Dr. Jorge W. Germán Ramírez, en calidad de Ministro Fiscal General del Estado, contestando al traslado de las fundamentaciones de los recursos de casación expresa: Que debe aceptarse el recurso de casación interpuesto por el procurador Común de los acusadores particulares, porque en el fallo se ha violado los Arts. 157.61.66 y 326 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal de 1983, 128 literales a) y b) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y 257 inciso tercero del Código Penal; y se deseche el recurso de casación propuesto por Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt y Rubén Ordoñez, por improcedentes, porque del texto de la sentencia consta que el juzgado viola la ley al considerar inaplicable que, en los tipos derivados subordinados solamente se describe la circunstancia constitutiva de la figura delictiva dependiente y que la diferencia de la figura delictiva básica. Por lo tanto, son elementos comunes a todos los tipos de peculado que integran el sistema punitivo sobre este delito los siguientes: los elementos de estructura objetiva de la adecuación típica.- El núcleo rector de la estructura objetiva de la adecuación típica, se encuentra constituida por el verbo abusar, que significa usar mal o indebidamente una cosa y por lo cual, conlleva una referencia a lo injusto, porque usa injustamente una cosa, el que abusa de ella. En este sentido jurídico significa: usar ilícitamente la cosa, ya que si el uso es lícito, no existe abuso, ni utilización injusta de la cosa. Además, conjuntamente con el núcleo rector del tipo penal de peculado se menciona por vía de ejemplo, las formas más conocidas de abuso, como son: el desfalco, y la disposición arbitraria;

Sujeto Activo.- Un servidor de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, entre los cuales se encuentran los funcionarios, ejecutivos, directivos, miembros del directorio, o vocales de las juntas directivas, y en el peculado bancario, es sujeto activo el servidor que maneje fondos de los Bancos Estatales o Privados, entendiéndose por manejar fondos la competencia o atribución para utilizar o disponer su utilización legítima y por lo cual, pueden ser sujeto activo, los miembros del Directorio, los Administradores, los Directores, Pagadores, Cajeros, Ejecutivos, Vocales de las Juntas Directivas, siempre que entre sus atribuciones, se encuentre la de utilizar legítimamente los fondos depositados en el Banco o para disponer de ellos,

Sujeto Pasivo.- lo constituye el organismo o entidad del sector público, perjudicado con el abuso de los fondos, bienes o recursos públicos y en

el caso del Peculado Bancario es sujeto pasivo cada uno de los depositantes perjudicado con los fondos desfalcados, o distraídos arbitrariamente por el sujeto activo.- Objeto Material.- se encuentra constituido por los fondos, bienes o recursos públicos o privados que son objeto del abuso del sujeto activo, cuando los usa para obtener beneficio personal o para un tercero, y en el caso del Peculado Bancario, el objeto material que se encuentran constituido por los fondos sobre los cuales abusa el sujeto activo desfalcándolos, disponiéndolos arbitrariamente o en cualquier otra forma ilícita; el resultado.- Constituye el beneficio personal o de un tercero que se produce como consecuencia de que el sujeto activo abusa de los fondos o bienes públicos o privados y que se traduce en el faltante o perjuicio que sufre el sujeto pasivo, y en el caso de peculado bancario, es el perjuicio patrimonial que sufre el depositante o los depositantes de los fondos en el Banco; la relación causal.- Cuando el resultado faltante o perjuicio patrimonial que sufre el sujeto pasivo, se produce como consecuencia del abuso de los fondos o bienes públicos o privados que realiza el sujeto activo, y en el peculado bancario existe relación causal cuando el perjuicio patrimonial que sufre el depositante o los depositantes es causado por el abuso de los fondos depositados que realiza el sujeto activo. La antijuricidad.- la norma penal que contiene la tutela jurídica penal del bien jurídico, que consiste en la obligación jurídica de respetar los bienes públicos o privados que pertenecen o se encuentran a cargo de los organismos o entidades del sector público, es el elemento normativo e impositivo del tipo penal, y en el peculado bancario la norma penal impositiva que tutela el bien jurídico instituye la obligación jurídica de respetar o no abusar de los fondos depositados en el Banco. Culpabilidad. La conducta típica y antijurídica también es culpable cuando el sujeto activo la realiza como resultado de su autodeterminación, lo cual significa que, se propuso libre y voluntariamente abusar en su beneficio o de un tercero de los fondos o bienes que pertenecen o se encuentran a cargo del organismo o entidad del sector público y para conseguir tal propósito valiéndose de su vinculación con esta entidad, dirige su actividad para conseguir, es decir, que provoca el resultado consciente y voluntariamente y por lo cual, el contenido subjetivo de la conducta es doloso y en el peculado bancario, el contenido subjetivo de la conducta típica y antijurídica es culpable en todo caso que, el sujeto activo tiene la conciencia y la voluntad de abusar de los fondos de los depositantes, para ocasionar el resultado u obtener un beneficio personal o para un tercero desfalcando, o disponiendo arbitrariamente de los fondos del depositante o de los depositantes, utilizando su condición de funcionario del Banco, Por tanto, el

peculado bancario que cometen como autores los miembros del directorio, ejecutivos, contadores, auditores, y funcionarios de un banco estatal o privado, se encuentra previsto en el inciso segundo del Art. 257 del Código Penal vigente a la fecha en que se cometió el delito de peculado objeto del juicio. En este inciso, es evidente que se contiene un tipo penal derivado subordinado completamente de peculado bancario, porque la circunstancia constitutiva que describe no se encuentra comprendido en el tipo penal básico y por lo cual, lo complementa de tal modo que el delito se configura el Art. 257 el Código Penal, cuando afirma que a la fecha de la comisión del delito no eran sujetos activos de peculado los miembros de los Directorios y Administradores de los Bancos Privados, sin considerar que al expedirse la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control público en el Régimen Oficial N°. 337 de 16 de mayo de 1997, por lo dispuesto en su Art. 396, se unificó en el Art. 257 del Código Penal las disposiciones contenidas en los Arts. 258 y 259 del cuerpo de leyes antes citado que en su inciso tercero dice “Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejan fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de los Bancos Estatales y Privados”, Sin que del texto de esta disposición transcrita haya afectado al código Penal posteriormente, lo que se ratifica con la Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia publicada en el RO. 604: junio 25 de 2002 en la que en su parte pertinente dice “Declara que el Art. 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no afecta la plena vigencia del Art. 257 del Código Penal, de sus reformas y artículos agregados a continuación”.- CUARTO.- El Art. 257 del Código Penal actualizado al año 1998 señala “serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público que hubiere abusado de dineros públicos o privados de efectos que los representen, piezas títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional” (inciso primero). “Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejan fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa”. (Inciso segundo). “Los culpados contra quienes se dictare

sentencia condenatoria quedarán además perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominada del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacidades, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos” (inciso tercero). “La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el Art. 101”. (DS 1429 RO. 337: 16-V-77) (Inciso curato). En este artículo se contempla el sistema punitivo sobre el peculado vigente a la fecha en que se ha cometido los ilícitos penales objeto de juicio; sistema punitivo que se encuentra integrado por tres tipos penales de peculado. En el inciso primero, se contemplan dos tipos penales: el tipo penal de peculado básico o autónomo y el tipo penal de peculado derivado subordinado agravado. En el inciso segundo, se contempla el tipo penal derivado subordinado del peculado bancario, Estos tipos derivados se encuentran íntimamente relacionados con el tipo de peculado autónomo del cual se deriva y por lo tanto, éste constituye el tipo básico del sistema punitivo del peculado, porque contiene en la estructura de la adecuación típica que describe, los elementos comunes de todos los tipos penales que integran este sistema, de tal modo que, los tipos penales derivados se diferencian del tipo autónomo básico por la circunstancia constitutiva que los caracteriza, lo cual significa que, esta circunstancia por sí sola, no configura el delito derivado sino que además debe presentar la estructura objetiva de la adecuación típica descrita en el tipo básico. Los tipos penales de peculado derivados además, se subordinan al tipo autónomo o básico porque no pueden ser aplicados en forma independiente de aquel, en razón de que se completa con los elementos estructurales comunes que describe el tipo básico, de tal modo que, la circunstancia constitutiva del tipo penal derivado debe sumarse a los elementos estructurales del tipo básico, para poder ser aplicados, razón por la cual, se completan con aquel porque no pueden funcionar por si solos. QUINTO.- El tipo penal autónomo básico se encuentra descrito en el inciso primero del Art. 257 de Código Penal, en esta descripción se contiene los elementos comunes tanto objetivos como subjetivos de todos los tipos penales de peculado que conforman el sistema punitivo y por lo cual, constituye la figura central del sistema punitivo de peculado y consecuentemente, las figuras derivadas se encuentran sistemáticamente a ésta en orden de subordinación y

dependencia jurídica penal necesaria, porque las figuras subordinadas solamente pueden aplicarse a partir de las características comunes que constan descritas en el tipo básico, de tal modo de inscribir ... además de presentar la conducta fáctica los elementos descritos en la .. para la ruptura objetiva de la adecuación típica, la antijuridicidad y la culpabilidad que comprende en éste tipo penal básico de peculado, también presenta la circunstancia constitutiva que se describe en este tipo derivado subordinado del peculado bancario. Así es, porque entre los servidores de los bancos estatales y privados entre otros se encuentran los miembros de sus respectivos directores, ejecutivos, auditores, contadores, administradores, gerentes porque tiene la exclusiva de disponer de los fondos de los depositantes en cualquier De operaciones bancarias, es decir, que tiene el control de los fondos de los depositantes. SEXTO.- Esta sala Especializada de Casación Penal observa que el Tribunal Juzgador incurre en error de derecho al confundir al delito de peculado bancario tipificado en el inciso segundo del Art. 257 del Código Penal vigente a la en que se cometió el delito objeto de juicio, con la incriminación de la participación principal en calidad de autores de los miembros del directorio de las instituciones financieras, entre ellas los bancos estatales o privados, introducido con posterioridad al cometimiento del delito de peculado bancario objeto de juicio, .. cual condujo la absolución de los acusados por esta lamentable confusión, que determinó que se omita la aplicación del inciso segundo del Art. 257 del Código Penal, que reza así: “Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejan fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los Bancos Estatales o Privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes sometidos implicare complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa”. Así es, porque la contribución de los miembros del directorio para que el autor material abuse de los fondos depositados en el banco desfalcándolos o disponiendo arbitrariamente de ellos, no se encuentra prevista en el Art. 42 del Código Penal, razón por la cual se considera que éstos al no tener directamente los fondos depositados en el banco en su poder en virtud o razón de su cargo, quedaban fuera del tipo penal y no podían ser juzgados como autores del delito de peculado bancario. Esta es la razón por la cual se incrimina la contribución de los miembros, administradores, funcionarios, o ejecutivos, vocales de consejo de administración del sistema financiero nacional o privado, que con su voto hubiesen cooperado a la comisión del delito de peculado bancario. Esta incriminación

consta en el Art. 19 de la Ley Reformativa a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, a la Ley de Reordenamiento en materia económica, en el Área Tributario Financiera; y al Código Penal publicada en el RO. 190: 13 de mayo de 1999 en el que se dispone: “también están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos”; de tal modo que, se incrimina la contribución que prestan al autor material del peculado bancario, los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración, de los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional Privado. Esta forma de participación dificulta principal específica de las Instituciones del Sistema Financiero por no encontrarse comprendido en el dispositivo amplificador del mencionado artículo, no podía ser sancionado y por lo tanto, constituía una “válvula de escape legal” para los miembros de directorios o vocales de los directorios y de los Consejos Administrativos y demás funcionarios ejecutivos y empleados de las Instituciones del Sistema Financiero Nacional Privado, que no tenían la administración directa de los fondos depositados o administradores porque para alcanzar la impunidad, simplemente alegaban que individualmente considerados no podían disponer de los fondos depositados en el banco, ni tampoco administrarlos, ni se encontraban autorizados para manejarlos, ni los tenía en su poder, para abusar de los fondos, es decir que no podía ejecutar la conducta principal descrita en el verbo núcleo rector del tipo penal de peculado, porque el objeto material o fondos no se encontraban en su poder o bajo su control directo, y peor aún, podían contribuir ayudando al autor material para que abuse de los fondos depositados en el Banco, y que el cuerpo colegiado solamente actuaba mediante resoluciones y que estas no implicaban ninguna de las formas de participación o contribución comprendidas en Art. 42 del Código Penal cuando en realidad los ejecutivos, funcionarios, administradores, y miembros de los directorios, pueden contribuir con el autor material para que abuse de los fondos depositados en el banco, realizando operaciones financieras o bancarias que le faciliten tal abuso o la consumación del delito de peculado bancario. Por lo tanto, este tipo subordinado complementado se lo ha previsto en el inciso segundo del Art. 257 del Código Penal Vigente a la fecha del cometimiento del delito objeto del juicio y por lo cual, los demás elementos de la estructura de la adecuación típica, la antijuridicidad y la culpabilidad se

encuentran en el tipo penal básico de peculado bancario, con el se complementa sin que varíe la pena es decir, que la punibilidad es igual. SEPTIMO.- Como este proceso se sustancia con Código de Procedimiento Penal del año 1983 en aplicación de sus Arts. 64, 145, 146 toda prueba documental presentada en el curso del proceso y en la audiencia de juzgamiento deberá ser apreciada y valorada conforme a las reglas de la sana crítica, tanto individualmente consideradas como por su relación de conjunto con las demás pruebas que obran en el proceso, especialmente con otras documentales, lo cual, se observa que haya dado cumplimiento el Tribunal Juzgado, vulnerando de esta forma las reglas de la sana crítica y como de esta vulneración, el fallo absoluto carece de motivación por no fundamentarse en los hechos ciertos objetivamente probados en el curso del proceso y en la audiencia de juzgamiento y por lo cual se vulnera el Art. 326 del Código de Procedimiento Penal anterior, aplicable. Efectivamente, en el curso del proceso y en la audiencia de juzgamiento se han presentado las siguientes pruebas documentales: 1) el Memorando N°. INJ-INBGF-2000-001 de fs. (2-6) realizado por el Econ. Pedro Delgado, INTENDENTE NACIONAL DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS y Dr. Alberto Chiriboga, INTENDENTE NACIONAL JURÍDICO, ENCARGADO, y dirigido al Dr. Jorge Guzmán en calidad de SUPERINTENDENTE DE BANCOS, en el que se manifiesta que la Intendencia de Bancos ha dispuesto la conformación de un equipo especial de auditoría a fin de profundizar sobre los puntos tratados en dicho memorando y concluye manifestando que el resultado del examen se pondrá a conocimiento del Dr. Jorge Guzmán SUPERINTENDENTE DE BANCOS. 2) La certificación de la Secretaría General del Banco Popular, con la cual se establece que “en la Sesión de Directorio de Banco Popular del Ecuador S.A. de junio 17 de 1998. Asistieron los siguientes vocales: Dr. Francisco Rosales Ramos, Dr. Ernesto Rivadeneira García, Ing. Salomón Gutt Brandwayn, Sr. Rubén Ordoñez Villacreses e Ing. Jean Daniel Benoit. Estatutariamente solo los vocales del Directorio tenían la facultad de velar para la toma de decisiones, no así aquellas personas que asistían en calidad de invitados cuya función se limitaba a transmitir la información que les fue requerida” de fs. 3527 de los autos. 3) Certificación de la Superintendencia de Bancos de fs. 3536 de los autos en la que se establece como Directores Principales del Banco Popular a los señores Dr. Francisco Rosales Ramos; Dr. Ernesto Ribadeneira García; Ing. Salomón Gutt Bradwayn; Ing. Pedro Kohn Toepfer; Dr. Richard Handal Safie; Dr. Gustavo Noboa Bejarano; 4) Informe del Abogado Dimitri Durán, Asesor Pena de la Agencia de Garantía de Depósitos constante a fs. 3623 de los autos, sobre el examen de

documentos relativos al Banco Popular en saneamiento, en el que al final de sus conclusiones expresa: “Señor Gerente General, se vuelve imprescindible formar una comisión de trabajo con funcionarios de la Fiscalía, de la Superintendencia de Bancos, de la AGD, y de la Administración Temporal del banco Popular (hoy a cargo de un sindicado en uno de los juicios de este mismo caso), para realizar un exhaustivo trabajo que debe ser coordinado por la AGD, porque de lo contrario, son la documentación que he podido examinar y sobre todo considerando los cargos de la SIB y de los descargos de los distintos AT's del Banco Popular del Ecuador -, debo indicar con pesar que el escenario judicial a largo plazo no se presenta muy favorable a los intereses del Estado.”

5) la documentación remitida al señor Juez Quinto de lo Penal por el Dr. Luís Larrea Benalcazar en calidad de Secretario General de la Superintendencia de Bancos, en contestación al Oficio N°. 494-JQPP-2000-AP, en que se solicita la misma; documentación que se contiene en tres carpetas que obran en autos a partir de fs. 64, y tiene relevancia al siguiente documento: copia certificada del informe elevado por el economista Pedro Delgado en calidad de Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, y del Dr. Alberto Chiriboga en calidad de Intendente Nacional Jurídico Encargado, al señor doctor Jorge Guzmán Superintendente de Bancos, sobre la operación entre: West Merchant Bank, Oxidene Group y Ceval; informe que sirve de base para el presente enjuiciamiento; 6) del memorando N°. CAP-014 de fecha 29 de noviembre de 1999, enviado por Patricio García, de la Comisión de Auditoría del Banco Popular a la Econ. Rosa María Herrera Intendenta Nacional de Bancos y Grupos Financieros (E), sobre las operaciones entre el West Merchant Bank Oxidene Group Inc., Ceval., GFP Income Found Banco Popular del Ecuador., en el que luego de realizar un análisis de algunos contratos sobre operaciones financieras entre el West Merchant Bank y varias compañías pertenecientes al Grupo Financiero Popular, en base a la información que hasta el momento se tenía conocimiento en la comisión de Auditoría, especialmente en lo que se refiere a la operación de financiamiento a través del West Merchant Bank a Ceval Inc., para que compre la participación del Banco del Ecuador en el Banco Andino de Colombia y FIVENES, dentro del proceso de escisión del Grupo Financiero Popular que se estaba llevando a cabo en el 1998. Para el efecto se crea la compañía Oxidene Merchant Group Inc, (con domicilio en las Bahamas) que emite 6 pagares a la orden de West Merchant Bank por un valor nominal de US \$ 115.386.000 El West Merchant Bank para perfeccionar la operación con Oxidene solicita garantías adicionales, para lo cual intervienen: El GFP Icome Found (quien

garantiza con títulos valores de su portafolio los pagares a la compañía Oxidene); Ceval Inc., (entregado acciones de FIVENEZ y Banco Andino de Colombia); y Banco Popular del Ecuador (quien se compromete a la compra de un pagaré para lo cual firman un Put Option Agreement). Por otra parte Ceval Inc. compra al West Merchant Bank estos mismo pagares (que fueron emitidos por Oxidene) y se establece un programa de pagos de acuerdo al vencimiento de cada pagaré. Posteriormente, al no poder Ceval Inc., hacer frente a sus obligaciones financieras en el mes de septiembre de este año el West Merchant Bank ejecuta la garantía que le había otorgado el GFP Income Found por un valor nominal de US \$ 59.925.000,00. El día viernes 19 de noviembre se conoció extraoficialmente que el saldo de la deuda de Caval Inc. (después de ejecutar la garantía del GFP Income) con el West Merchant Bank sería aproximadamente US 850.000.00. Como soporte a esta operación financiera, la actual Administración del Banco ha entregado a esta Comisión de Auditoría todos los documentos que hasta el momento han podido ser obtenidos, que comprende varios contratos que hasta el momento han podido ser obtenidos, que comprende varios contratos, autorizaciones, confirmaciones y comunicaciones dirigidas entre los participantes en el informe expresado que. 1.- Con esta operación se dieron en garantía activos del Banco (GFP y el Put Option) en beneficio de Ceval Inc, cuyo accionista principal era Nicolas Landes (Ex Presidente Ejecutivo del Banco Popular), en perjuicio de los accionistas minoritarios del Banco y comprometiendo recursos provenientes de los depositantes. 2.- Se ha violado el Art. 131 de la ley General de Instituciones del Sistema Financiero al haberse dado una declaración falsa respecto de las operaciones de la institución financiera 3.- También se ha violado el Art. 134 lit. j de la ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al haberse ejecutado una operación que disminuye una operación que disminuye el activo del Banco Popular a favor de los accionistas mayoritarios. 4.- No se registró en libros el contrato de Put Option Agreement suscrito entre el Banco Popular y el West Merchant Bank el 30 de junio de 1998, el mismo que sigue vigente y fue conocido por el Director del Banco 5.- Al estar vigente el compromiso futuro del Banco Popular a favor del West Merchant Bank y en vista de que Ceval Inc. no cancela la totalidad de la deuda con el West Merchant Bank debe realizarse una provisión del saldo adecuado, es decir por US. \$ 850.000.00 (esta provisión se está tomando en cuenta para el cierre del Banco al 24 de septiembre de 1999). 6.- El administrador del GFP Income Fund no contaba con la autorización expresa de los accionistas para dar en garantía títulos valores del portafolio al West Merchant Bank. 7.- Según los niveles de autorización en el Banco Popular la

garantía dada por el GFP Income Fund al West Merchant Bank debió estar respaldada por una autorización expresa del Directorio, la cual nunca existió”. 7) Oficio N°. IG-INSEF-2000-651 del 3 de agosto del 2000, enviado a la señora doctora Mariana Yépez de Velasco, Ministra Fiscal General del Estado por Luís Luna Osorio, Intendente General de la Superintendencia de Bancos en el que se informa sobre el monto del perjuicio sufrido por el Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional y Jersey Private Bank & Trust, en base a las copias certificadas de la documentación anexa, que consta a partir de fs. 5903 de los autos en el que se expresa en lo principal: “En esta oportunidad, remito a usted el Memorando N°. IBP-00-030 de 5 de junio en curso, presentado por el Ingeniero Patricio García G. Interventor del Banco Popular del Ecuador, en el que se establece que el perjuicio para el Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional y Jersey Private Bank & Trust. Que originalmente aparecía como US \$ 12.5 millones, es en realidad US \$ 24.4 millones, considerando cifras a valor de mercado. Este alcance ha motivado que en esta misma fecha se instruya al Banco Popular del Ecuador, Banco Popular Internacional y Jersey Private Bank & Trust, para que la pérdida valorada en US \$ 24.4 millones sea registrada en los estados financieros de cada entidad como una “cuenta por cobrar a Ceval Inc, en la proporción correspondiente a su participación accionarial en el GFP Income Found, valores que a su vez deberán ser provisionados en el 100%. Consecuentemente, remito par su conocimiento el informe del interventor y los documentos que agrego como anexo”, documentos entre los cuales se encuentra: a) el Memorando de fecha 28 de julio de 1999 de fs. (3936) enviado a Bruno Leone del Grupo de Evaluación de Auditoría Especiales en relación al Banco Popular en cuyo numeral 6 se expresa “Ajuste adicional sobre las inversiones. Como ya se había señalado, el Federal Reserve Bank of Atlanta mediante nota enviada a la Superintendencia de Bancos, advierte posible existencia de una diferencia en la valuación del portafolio del GFP Income Fund 31 de diciembre de 1999 por US \$ 54.7 millones. A la fecha no hemos podido encontrar elementos de juicio que permitan despejar las dudas existentes sobre este tema. En tal sentido, cabría requerir el provisionamiento de esta pérdida correspondiente a las participaciones mantenidas por el Banco y su off-shore que según nuestras estimaciones representarían una cifra superior a los US \$ 36 millones”, y en el numeral 7 consta que “Deudas de Ceval mantiene con el Banco. En nuestro anterior informe, se emitió incluir la deuda que Ceval mantiene con la off-shore del banco, por US \$ 9 millones. Los elementos de juicio presentados no permiten acreditar fehacientemente la capacidad de pago de Ceval

en general y en particular, con respecto a esta deuda motivo por el cual correspondería su provisión”. B) Informe de fecha 26 de julio de 1999 constante a fs. 5939.5943, enviado por Eugenio Pendás a Nicolás Landes, sobre la situación del Banco, y en su parte pertinente en el numeral 7 relativo a las deudas de Ceval con el Banco expresa: “La deuda que mantiene Ceval con el BPE por US \$ 13 millones debería ser liquidada luego de haberseles extendido una prórroga a noviembre de 1998. Sin embargo, a la fecha no existe constancias que permitan evaluar una adecuada capacidad de pago de esta obligación por parte de Ceval, máxime teniendo en cuenta que dicha firma no ha podido revertir la situación del Banco que administraba en Colombia siendo que presuntamente el mismo habría tenido patrimonio neto positivo. Por tales motivos aunado a lo que comenta en el punto 8 siguiente, salvo un adecuado descargo en lo vinculado a este punto” c) El contrato de Encargo Fiduciario CEVAL INC., a fs. (6020-6034) otorgado entre CEVAL INC., como constituyente y Filanfondos S. A. como fiduciaria, otorgado mediante escritura pública N°. 1173, ante el Notario Primero de Quito el 14 de septiembre de 1999. 8) informe presentado por el Ec. Pedro Delgado, Intendente Nacional de Supervisión de Entidades Financieras, mediante memorando N°. INSEE 200 – 1618 del 11 de septiembre del 2000, en relación al Fondo Visión constante a fs. 3427-3428 de los autos que expresa: “En marzo de 1998 el fondo visión, por recomendación de la compañía JPBT Argentina y con autorización de funcionarios de Crédito del Banco Popular Ecuador, adquirió US \$ 2.8 millones en pagarés emitidos por la compañía argentina de productos farmacéuticos Cofarquil Según se señala en el informe de auditoría de Deloitte & Touche semanas después de la adquisición, dicha compañía entró en un proceso judicial denominado concurso preventivo de acreedores al no poder honrar sus obligaciones por falta de recursos. Se ha establecido que la compañía Américas Trust Bank (ATB) constituida bajo las leyes del Estado de Florida actuaba como asesor del inversiones del fondo Visión Inc de acuerdo con el convenio firmado en noviembre de 1995 fecha en la que esta compañía tenía el nombre de Columbus Trust Company. No obstante, en julio de 1999 se suscribe un nuevo acuerdo en virtud del cual se declara que a partir de noviembre de 1998, esto es con efecto retroactivo, todas las decisiones de inversión serán de responsabilidad de BPI Visión Inc., situación que podría entenderse como el mecanismo utilizado para liberar a (ATB) de cualquier contingencia legal por parte de los partícipes. Se ha evidenciado, a través de correos electrónicos y deal tickets examinados por la firma de auditoría Deloitte & Touche, la participación de Nicolás Landes, principal ejecutivo del Grupo Financiero

Popular, en la autorización de las inversiones en las compañías Friesland, Bangle, Louvian Serie XVIIIB y presumiblemente podría derivarse otras participaciones del análisis de las interrelaciones entre el grupo financiero, BPV Visión, Ceval Ecuador y Ceval Inc. que se presenta en el informe. Los hechos descritos en el presente documento, nos llevan a la presunción de que se podría haber cometido infracciones tipificadas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, respecto de las cuales la Superintendencia de Bancos está obligada a llevarlas a conocimiento de la Fiscalía". 9) El Memorando CAP -00-037 emitido por la comisión Auditora del Banco Popular al Lcdo. Jorge Molina constante al fs. 3429-3436, en el que entre sus conclusiones generales y según las Actas de Directorio entregadas, nunca conocieron el diferimiento de pérdidas ni tampoco la diferencia por la valoración del fondo bajo el método de costo amortizando versus el valor de mercado, como tampoco autorizaron compras de papeles para el portafolio del fondo. Sin embargo es importante la colaboración de las autoridades de Bahamas con el fin de corroborar estos hechos. El diferimiento de USd 35 millones de pérdidas y el ajuste al valor de mercado de USD 125 millones sobrevaloró en valor del fondo en USD 160 millones perjudicando a sus inversiones que no conocían la situación real del fondo" 10) Memorando Interno N°. INSEF-2000-2800 de diciembre 27 de 2000 enviado por Jorge Molina Noboa Director de Supervisión al Econ. Pedro Delgado Campaña Intendente Nacional de Supervisión de Entidades Financieras constante a fs. 5956 de los autos, relativo al fax enviado por el Federal Reserve Bank of Atlanta el 28 de abril de 1999 al señor Patricio Moreno Hurreas Intendente Nacional de Bancos. La mayor parte de estas pruebas constituye informes fundamentados de la Superintendencia de Bancos emitidos en legal forma por esta institución, en calidad de órgano de control de los Bancos y además instituciones financieras en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Art. 145 de la Constitución Política de la República anteriormente vigente y en el actual Art. 222 de la Constitución Política de la República, así como por los literales b, f, j, k, l, o del Art. 180 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, detectó el abuso de los fondos de los depositantes, que se venía produciendo en el Banco Popular del Ecuador S. A. especialmente la disposición arbitraria de los fondos de los depositantes que habían realizado los miembros del Directorio de este Banco, sin tener autorización de aquellos en la sesión del 17 de junio de 1998, ocasionando perjuicios cuantiosos a las depositantes, entre ellos a los accionistas del fondo Visión Inc., instituto promocionada en el Ecuador como una entidad del denominado grupo financiero Income Found cuya

cabeza visible en el Ecuador era el Banco popular y su Presidente Ejecutivo el Sr. Iván Nichols Landes Guerrero, disposición arbitraria por no ser autorizada por los depositantes, que consistió en comprometer en garantía los activos del Fondo Visión, por la deuda contraída por Ceval Inc, con el West Merchal Bank, al que se le entregaron los respectivos título valores y que por falta de pago por Ceval Inc, los ejecutó, perjudicando en esta forma a los depositantes de fondo visión, con los valores de sus propiedad ejecutados por el Banco acreedor. Estos informes del organismo de control no han sido desvirtuados en el curso del proceso, y por el contrario, se ha descubierto una cadena de abusos de los fondos de los depositantes, lo cual ha conducido a que el Banco sea intervenido conforme la ley y entrega a la Agencia de Garantía de Depósito para su administración. En esta forma se ha probado con cabeza la existencia del delito de peculado bancario tipificado en el Art. 257 del Código Pena, cometido por los miembros del Directorio del Banco Popular del Ecuador S. A. en perjuicio de los depositantes del fondo Visión Inc, para beneficiar a Iván Nicholls Landes Guerrero, quien es el gestor de abusos por el Máximo personero del Banco Popular, disposición arbitraria realizada por Ceval Inc. OCTAVO.- La Sala observa que las pruebas que señala, analiza y explica el Tribunal Juzgado en el considerando cuarto de la sentencia impugnada conducen de la manera irrefragable al establecimiento de la existencia material del delito objeto del juicio y responsabilidad de los acusados como sus actores. Se observa también que el informe contable que se comenta en numeral 12 de este considerando, no desvirtúa el faltante determinado por la Superintendencia de Bancos sino que lo confirma cuando expresa: “en razón de que en los estados financieros del BPE, BPEI y JPBT solo registro la provisión sobre la inversión en el GFP de acuerdo al nuevo precio de acción, mientras que en el balance del GFP se registra en sus activos una reducción del 24, 4 millones por efecto de la ejecución de la garantía por parte del West Merchant Bank, este Despacho dispone que dicha pérdida se registra en los estados financieros del Banco Local y sus entidades offshore como una cuenta por cobrar a Ceval Inc, en la proporción correspondiente a su participación proporcional en el GFP Income Found valores que a su vez deberán ser provisionados en el 100 %”. NOVENO.- La responsabilidad penal de los acusados: 1.- Francisco Rosales Ramos, Ernesto Rivadeneira García, Jean Daniel Benoit, Salomón Gutt, Rubén Ordoñez Villacreses como autores del delito onjeto del juicio, se establece con las siguientes pruebas: a) Acta de la Sesión del Directorio del Banco Popular del Ecuador S. A. realiza el 17 de junio de 1998 realizada en la ciudad de Quito, constantemente a fs. (3519-

3525); y c) Certificación de la Superintendencia de Bancos sobre la nómina del Directorio del Banco Popular del Ecuador S.A., y además funcionarios de esta institución bancaria y que consta a fs. (3531-3536), considerando que sin autorización de los depositantes, dispusieron arbitrariamente sus fondos, es decir que actuaron dolosamente. 2.- responsabilidad penal de William de Rosa, Renan Fabián Encalada Garrido y Fernando Armendáriz Saona, en calidad de autores del delito de peculado objeto del juicio, se establece en aplicación del Art. 42 del Código Penal, en base a los informes de la Superintendencia de Bancos en los que se detalla las actividades que realizaron en calidad de ejecutivos del Banco, el primero ejerciendo funciones de representación y dirección de las instituciones financieras que forma el grupo financiero del Banco Popular, el segundo en calidad de contador general del Banco Popular y el tercero en calidad de gerente de banca corporativa o director de mercado de capitales, y por lo tanto dentro del proceso de ejecución del delito y efectiva la resolución arbitraria tomada por los miembros del directorio, a sabiendas de que no fue autorizada por los depositantes.- DECIMO.- Esta Sala Especializada de casación Penal observa que el Tribunal Penal viola la ley en la sentencia porque omite aplicar el Art. 257 que tipifica y sanciona el delito de peculado bancarios en sus incisos 1 y 2 del Código Penal, vigente al 17 de junio de 1998, fecha de la consumación del delito, y como resultado de esta omisión dicta sentencia absolutoria a favor de los acusados, a pesar de encontrarse probada la existencia del delito de peculado bancario y la responsabilidad penal de los acusados, por lo que el fallo absolutorio es incoherente y en la audiencia de juzgamiento, y por lo cual, no se encuentra motivado conforme lo exige el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de la República y el Art. 326 del Código de Procedimiento Penal anterior. DÉCIMO PRIMERO.- La Sala observa que en la sentencia impugnada mediante este recurso de casación, el Tribunal Juzgador describe la conducta que realizó cada uno de los acusados: 1.- Con respecto a Fernando Armendáriz Saona, se expresa que se ha encontrado presente en la sesión de 7 de junio de 1998 en que se decidió la aprobación del financiamiento propuesto por West Merchant Bank, que tuvo la calidad de Gerente de Banco Corporativa o Director de Mercado de Capitales “informando sobre ciertos aspectos financieros del Banco Popular del Ecuador y sus subsidiarios con saldo al mes de mayo de 1998, para poner en consideración los informes sobre las operaciones de crédito, inversiones y contingentes que excede al dos por ciento del patrimonio del banco; y, para presentar al directorio la conveniencia de realizar una emisión de obligaciones, dentro del cupo de los \$ 500.000 millones

autorizada por la Junta Extraordinaria de Accionistas del 16 de julio de 1998”conducta que evidentemente se adecúa al Art. 42 del Código Penal, porque sin ésta no habría podido perpetrarse la infracción y por lo cual el Tribunal juzgador comete error de derecho al expresar que esta conducta “no guarda relación con la decisión tomada por los miembros del Directorio respecto a la operación de financiamiento tantas veces indicadas”, 2.- En lo que se refiere al acusado Renán Fabián Encalada Garrido, consta que como contador General del Banco Popular tenía la función de llevar la contabilidad de todas las operaciones financieras del Banco, en las condiciones que la Ley exige, por lo que esta conducta también se adecua a lo previsto en el Art. 42 del Código Penal, porque el contador General del Banco necesariamente en el ejercicio de su función proporciona toda la información financiera que se requiere para que los miembros del Directorio disponga cualquier operación bancaria y por lo tanto, sin esta información no podía realizarse la disposición arbitraria de los fondos en la sesión del 17 de junio de 1998, por lo que el Tribunal juzgador comete error de derecho al expresar que esta conducta no genera responsabilidad. 3.- En lo que se refiere al señor William de la Rosa, se expresa que cumplido funciones de Representación y Dirección en las Instituciones Financieras que conforman el grupo Financiero Banco Popular y también ha otorgado garantías sin seguir el procedimiento correspondiente, sin contar con la autorización del Director y la Junta General de Accionistas, “resultando que, para el juzgado, si existe responsabilidad de los delitos que se le atribuyen pero, al no existir pruebas suficiente e idónea sobre la materialidad de la infracción, no puede ser condenado”. Aquí se observa que el Tribunal se contradice porque primeramente afirma que existe responsabilidad de los delitos que atribuyen a la continuación expresa que no existe pruebas suficiente es idónea sobre la materialidad de la infracción, por lo que incurre en error de derecho ya que, la conducta de este acusado no puede ser al mismo tiempo responsable de los delitos que se le atribuyen y a continuación no ser responsable porque no existe la materialidad de la infracción cuando en realidad existe la infracción de peculado bancario y este acusado realizó una conducta sin la cual no habría podido consumarse la disposición arbitraria de los fondos de la sesión del Directorio del 17 de junio de 1998. 4.- Respecto de Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordoñez Villacreses, Jean Danie Benoit, en calidad de miembros de Directorio del Banco Popular del Ecuador, en la sesión del 17 de junio de 1998 arbitrariamente dispusieron fondos tantas veces mencionados, por lo que su conducta se adecua a lo establecido en el Art. 42 del Código

Penal y por lo tanto, El Tribunal Juzgador comete error de derecho, al declarar que no son responsables del delito de peculado bancario.- DÉCIMO SEGUNDO: La Sala, observa que con los informes emitidos por la Superintendencia de Bancos y además pruebas que se analizan y explican en la sentencia impugnada, se establece, que la operación bancaria que comprometió en garantía los fondos de los depositantes sin autorización, constituyó la culminación del proceso de ejecución del delito de peculado bancario, que fue planificado, dirigido y operacionalizado con la participación de los ejecutivos del Banco Popular S.A. lo cual significa que, todos accionaron dentro de sus facultades para que los miembros del directorio del Banco consumen este delito, de tal modo que, no se trata de una operación casual, aislada o espontánea, sino que fue realizada de tal forma que los perjudicados no se dieron cuenta ni sospecharon del cometimiento del delito objeto del Juicio, porque los ejecutivos del banco lo facilitaron ocultaron y aseguraron sus resultados, cometiendo infracciones a la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, ya que estas infracciones fueron detectadas tardíamente por la superintendencia de bancos, y después de haberse consumado el delito de peculado bancario objeto del juicio. Estas infracciones a la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, la cometieron los Ejecutivos del Banco Popular del Ecuador S. A., como actos ejecutivos dentro del proceso de ejecución del delito final y que es el peculado bancario objeto del juicio. No obstante lo cual, estas infracciones a la Ley de Instituciones del Sistema Financiero cometidas como actos ejecutivos del delito final, por los funcionarios del banco, trascendió hasta la Superintendencia de Bancos y está en ejercicio de sus atribuciones legales procedió a realizar la pertinente auditoría de Control Bancario, y en base a los resultados obtenidos se inició este proceso penal. Por lo tanto, sin la participación de los Ejecutivos o Funcionarios del Banco, los Miembros del Directorio no podía haber dispuesto arbitrariamente de los fondos depositados por varias personas en el Banco Popular del Ecuador S.A., el 17 de junio de 1998. DÉCIMO TERCERO.- La sala también observa que, el 17 de junio de 1998 se dispuso arbitrariamente los fondos depositados por numerosas personas naturales y jurídicas, pero este proceso, solamente tiene como objeto concreto la disposición arbitraria de los valores depositados por los acusadores particulares, puesto que habiéndose cometido varios delitos de disposición arbitraria de disposición arbitraria en contra de diversas personas, y sobre fondos depositados en distintas fechas y por distinto origen, cada delito cometido debe ser perseguido por separado, en aplicación de la ley preexistente vigente a la época en que se cometieron los delitos. Por estas consideraciones,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR

AUTORIDAD DE LA LEY: Se rechaza el recurso de casación interpuesto por los acusados Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt y Rubén Ordoñez por improcedentes, y se acepta el recurso de casación interpuesto por el Eco. Rodrigo Napoleón Echeverría Galindo, en calidad de Procurador Común de los acusados Laura Tromelline Ansaldo, Grecia Luzmila Acosta Montufar, Ramón Antonio Moreira, Julio Oñate, Sra. Isabel Flores vda. de Vacas Gómez, Dr. Vladimir Basabe Fiallo, Ec. Cesar Campana Vallejo, Sr. Jorge Enrique Chaparro Plazas, Sra. Gloria María Galarza Vinuesa, Dra. Mariana Almeida López, Ing. Pablo Sracey Moncayo, Sra. Julia del Carmen Silva Luzuriaga, y Ec. José Alberto Naranjo y se corrige los errores de derecho cometidos en la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, la misma que se revoca y se dicta sentencia condenatoria contra los acusados: Ernesto Rivadeneira García, como autor del delito de peculado bancario y se impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años; a Francisco Rosales Ramos como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años; a Rubén Ordoñez Villacreses como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho años; a Jean Daniel Bonoit, como autor del delito de peculado bancario y se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria; y Willan de Rosa se le impone la pena de reclusión mayor a la de ocho años por considerarlo autor del delito de peculado bancario, ya que participó en el proceso de ejecución del delito ejerciendo funciones de representación y función en las instituciones financieras que conforman el grupo financiero Banco Popular, a Fernando Armendáriz Saosa, se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria por considerarlo autor del delito de peculado bancario; ya que participó en el proceso de ejecución del delito en calidad de Gerente de Banca Corporativa; y a Renán Fabián Encalada se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria por considerarlo autor del delito del peculado bancario, ya que participó en el proceso de ejecución del delito como Contador General. No existen atenuantes que considerar respecto de ninguno de los sentenciados por haber la concurrencia de las circunstancias agravantes de la astucia y el fraude previstas en el Art. 30 del Código Penal. Pena que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de la Ciudad de Quito. Se condena a los sentenciados al pago de la indemnización de daños y perjuicios y pagos de costas procesales. El Estado y condiciones de los sentenciados constan del proceso. Se regulan los honorarios particulares de los

Abogados Patrocinadores de los acusadores particulares Dr. Víctor Rodríguez y Dr. Gonzalo Silva. En US \$ 5000 (cinco mil dólares de los EEUU de Norteamérica) y se descontará el 10 % para el Colegio de Abogados del Pichincha.- por cuanto los miembros del Tribunal Juzgador, a pesar que es evidente que el delito de peculado bancario se encontraba tipificado y sancionado al momento de la disposición arbitraria de los fondos de los depositantes, se negaron a cumplir con su deber, incurriendo en la infracción administrativa tipificada y sancionada en el numeral I del Art. 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, por lo que en aplicación de Resolución de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 19 de mayo del 2002 y publicada en el Registro Oficial N°. 611 del 4 de julio del 2002, se dispone que por Secretaría se oficie el Consejo Nacional de Judicatura para que previo el proceso administrativo disciplinario, se sancionen a los señores Vocales del Tercer Tribunal de Pichincha, remitiéndose para tal efecto las copias pertinentes debidamente certificadas.- Notifíquese y devuélvase al Tribunal Penal de origen para fines de ley.-

Dr. Luis Abarca Galeas

MAGISTRADO PRESIDENTE

Dr. Luis Cañar Lojano

MAGISTRADO

PERMANENTE

Dr. Ramiro Serrano

CONJUEZ

Dr. Honorato Jara Vicuña

SECRETARIO RELATOR