

Universidad Andina Simón Bolívar
Subsede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Económico

El Derecho Penal Económico en el Sistema Financiero Ecuatoriano,
caso del Banco de los Andes.

Rodrigo López Espinoza

1995

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magister de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de esta tesis, o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor, hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.

Rodrigo López Espinoza

Quito, a 15 de junio de 1995

Universidad Andina Simón Bolívar
Subsede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Económico

El Derecho Penal Económico en el Sistema Financiero Ecuatoriano,
caso del Banco de los Andes.

Rodrigo López Espinoza

Tutor: Dr. Ernesto Albán Gómez

Quito 1995

ABSTRACT:

El propósito de realizar este trabajo, a más de cumplir con el requisito previo establecido por la Universidad Andina para la obtención del título de Magister en Derecho Económico, fue el de establecer las premisas preliminares en los cuales se asienta una disciplina jurídica en formación: el Derecho Penal Económico.

El Derecho Penal Económico, dentro del Derecho Penal contemporáneo, es una de las esferas que ha sido particularmente controversial para el reconocimiento científico de una categoría especial de infracciones. La polémica va desde la radical negación de su existencia hasta un economicismo que absorbe infinidad de tipos delictivos.

Esto puede deberse, entre otras muchas causas, a que esta disciplina jurídica en ciernes, establece que hay delincuentes que salen de los estereotipos criminales, que pertenecen a las clases dirigentes de la sociedad, que sus acciones u omisiones delictivas no manchan las manos, las cuales ejecutan como parte de sus actividades lícitas y cuyos perjuicios, van en contra de la sociedad en su conjunto, es decir atentan contra un bien jurídico supraindividual.

En el proceso formativo de esta rama del Derecho, mucho se discute respecto de la existencia de la responsabilidad penal de las personas morales y de la independencia de ella frente al Derecho Administrativo, en la fase de la imposición de sanciones.

En este contexto, el propósito fue analizar la Ley General de Instituciones Financieras, a fin de establecer los elementos jurídicos que esta nuevo cuerpo legal aporta para la formación del Derecho Penal Económico.

Así se han comentado algunas de sus instituciones más importantes, dentro de los parámetros doctrinarios que existen, a fin de establecer cuales de ellas podrían enmarcarse dentro del Derecho Penal Económico, que empieza a germinar en nuestro medio.

El tema se presenta para una amplia discusión, de la que se podrán sacar importantes conclusiones, respecto de la existencia o no del Derecho Penal Económico, así como, si las normas contenidas en la Ley General de Instituciones Financieras, pueden ser parte o no de ella, o solo consisten en preceptos que podrían ser abarcados por el Derecho Administrativo dentro de ellas, el presente trabajo no es más que modesta una opinión dentro de un inmenso universo de versados criterios, para ir dando lugar al nacimiento, en nuestro país, de esta disciplina jurídica.

DEDICATORIA.

A mis hijas: Catalina y Sofía.

AGRADECIMIENTO.

Al Banco Central del Ecuador, que a través de sus Autoridades me dieron la posibilidad de participar en el Programa de Maestría en Derecho Económico llevado a cabo por la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Ecuador.

A todos mis compañeros de la Asesoría Legal del Banco Central del Ecuador, que siempre me brindaron su apoyo decidido y desinteresado, con total solidaridad, para terminar mis estudios en el Programa y para desarrollar el presente trabajo.

Mención especial debo hacer para Katia, Catalina y Sofía, que supieron esperarme, cuando dispuse del tiempo de ellas y que jamás podré restituir, para dedicarlo a culminar esta Maestría. Sin su paciencia y amor jamás habría conseguido este objetivo.

A quienes hacen la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Ecuador, su Director, Coordinadores, Profesores, Estudiantes, Personal Administrativo, Personal de Apoyo, etc., de quienes permanentemente recibí su generosa amistad y cooperación.

Al Dr. Ernesto Albán Gómez, Profesor de la Universidad Andina y Tutor designado por ella, para la supervisión de la elaboración de la tesis, por la guía, los valiosos comentarios y las observaciones que realizó a mi trabajo, ofreciéndome todo su conocimiento y tiempo.

A todos los que colaboraron para alcanzar este propósito.

INTRODUCCIÓN.

El Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinario de gran actualidad, que dentro del Derecho Penal se encuentra en proceso de evolución y en la formación de los juristas juega un papel subordinado.

La opinión dominante que existe respecto del Derecho Penal Económico hace relación a aquella pequeña parte del Derecho Penal que auxilia con la intimidación de la pena al Derecho Administrativo, vinculado con el derecho de dirección y control estatal de la economía.

Con el fin de ir fijando el alcance de acción del Derecho Penal Económico, se lo entiende en un sentido más amplio, como consecuencia de la versatilidad de las actividades económicas, como una disciplina separada del Derecho Administrativo y orientada a constituirse en una rama del Derecho y ser autónoma.

Se afirma que el Derecho Penal Económico corresponde a los delitos contra la economía, que se caracteriza porque no solo se dirige contra intereses individuales sino también contra intereses sociales, supraindividuales, es decir lesiona bienes jurídicos colectivos de la vida económica. Por tanto, bien protegido no es, en primer término el interés individual de los agentes económicos, sino el orden económico estatal en su conjunto, el desarrollo de la organización de la economía, en suma, la economía política con sus ramas específicas: sistema financiero, sistema crediticio, sistema fiscal, sistema cambiario, etc.

El 12 de mayo de 1994 se publicó en el Registro Oficial la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cuerpo legal que trata de armonizar la legislación financiera con los nuevos requerimientos económicos y tecnológicos que se encuentran en vigencia en el contexto internacional, esta acorde con las tendencias de globalización de servicios financieros y contempla el establecimiento de instituciones múltiples con opción a la especialización y a la organización de grupos financieros.

La Ley estaba basada en normas de solvencia y prudencia financiera a través de exigentes requisitos de capitalización, permanentes sistemas de calificación de la calidad de activos, y límites para vigilar la exposición a otros riesgos de mercado. Así mismo contempla acciones de supervisión y auditorías en base consolidada y establece una fiscalización preventiva que cuenta con reglas claras y sistemáticas acciones correctivas. De manera complementaria en su enfoque están presentes mecanismos de autocontrol y supervisión, tiene como propósito que el sector financiero mejore la calidad de su gestión gerencial, modere su exposición de asumir riesgos excesivos y procure resolver tempranamente sus problemas para salvaguardar el interés público y preservar la confianza y estabilidad del sistema financiero.

El presente trabajo, pretende analizar las instituciones jurídicas más importantes que trae la Ley de referencia, tales como: patrimonio técnico, control interno y externo, sigilo bancario, falsas instituciones financieras, concentración de crédito, falsificación de balances o estados financieros, liquidación forzosa, etc., para buscar establecer si los enunciados de la Ley pueden ser considerados dentro del Derecho Penal Económico, que en este estado de evolución

tiene una fuerte influencia del Derecho Administrativo y hasta se podría decir que, en algunos aspectos aún no se desvincula de él.

No se encontrará en la presente tesis, la extensa gama de posibilidades que existen para la comisión de infracciones penales por parte de las entidades financieras o sus empleados y directivos, o los que se comentan a través de ellos, ya que ello ameritaría la elaboración de otro tipo de trabajo, con características totalmente distintas al que se presenta.

Si bien el título de la obra puede dar lugar a creer, que el análisis se efectuará a dicho universo de posibilidades delincuenciales, la tesis busca encontrar en la Ley General de Instituciones Financieras, instituciones jurídicas y normas legales que podrían considerarse como parte del Derecho Penal Económico, que en nuestro medio se encuentra en sus primeras fases de formación.

Dado el límite de extensión del trabajo, impuesto por la Universidad, el trabajo comenta puntualmente cada una de las instituciones jurídicas encontradas en la Ley, desde la perspectiva del Derecho Penal Económico, con la aclaración de que los temas definitivamente no se agotan, cada uno de ellos ameritaría un tesis individual, además que, en el mundo del Derecho, ningún tema, por muy analizado que sea, puede decirse que ha sido agotado y que por lo mismo, respecto de él, no haya posibilidad de discusión y ampliación de sus conceptos y principios.

La idea de introducir un capítulo que comente la situación del Banco de los Andes, ahora en liquidación, fue la de ilustrar cuales serían las posibles consecuencias que dejaría una entidad financiera que se aparta de la observación irrestricta de los principios legales y morales que deben normar la actividad de intermediación financiera, definitivamente no se vierten juicios de valor respecto de la culpabilidad o inocencia de los representantes de esa entidad bancaria, ya que esa no es la tarea del autor, sino del órgano penal competente.

El presente trabajo, es una visión preliminar del Derecho Penal Económico, relacionado a la actividad financiera, disciplina jurídica en ciernes en el país, que recién empieza a ser comentada y que la legislación ecuatoriana, en los últimos tiempos comienza a incorporarla en sus textos legales, por lo mismo, los temas que aquí se comentan podrán ser modificados, conforme se definan las bases en las que se asiente, lo que en el futuro será, el Derecho Penal Económico Ecuatoriano.

CAPÍTULO I

CONTENIDO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

INTRODUCCIÓN

"... La delincuencia más grave es la no convencional; pero la delincuencia de poder, la delincuencia de la corrupción política, la delincuencia ecológica, la delincuencia de la tortura, la delincuencia de los intelectuales, por más jueces que sean por su falta de sinceridad, los delitos contra la humanidad y los delitos de cuello blanco es la más grave y la que menos interesa a ciertos ciudadanos encargados de la Función Judicial. A las cárceles no llegan sino los delincuentes fracasados..."¹

La economía se ha convertido en el sustrato más importante de las sociedades modernas. En efecto, cada Estado pretende desarrollar su potencial tecnológico, industrial y agrícola, con la finalidad de aumentar el nivel y la calidad de vida de sus habitantes. Por lo mismo, el Estado se preocupa por todo aquello que pueda detener, falsear o volver anárquico el desarrollo socioeconómico y lucha contra todas las actividades económicas que puedan ser nocivas. De ahí que ha nacido una rama relativamente nueva del Derecho Penal, destinada a asegurar la protección del orden económico, denominada Derecho Penal Económico.

Por consiguiente, la criminalidad no es únicamente el hecho de los asesinos y de los ladrones ocasionales o de profesión: hay todo un mundo delincencial cuya criminalidad es, en cierto modo, parte integrante de la actividad profesional lícita, y cuyos crímenes no manchan las manos.

Además, la delincuencia socioeconómica amenaza la estructura del Estado, pues ataca la confianza del público en el sistema financiero, económico y social. Para lo cual es necesario añadir que el objetivo del Derecho Penal es castigar eficazmente todo tipo de delincuencia: tanto las grandes estafas financieras como los pequeños robos.

El Derecho Penal Económico, dentro del Derecho Penal contemporáneo, es una de las esferas que ha sido particularmente controversial para el reconocimiento científico de una categoría especial de infracciones. La polémica va desde la radical negación de su existencia hasta un economicismo que absorbe infinidad de tipos delictivos.

Afirma Jorge de la Rúa², que en todos los tiempos del Derecho -aun en sus formas más antiguas, las normas sobre el acaparamiento en Roma; las severas sanciones contra la caza ilegal en el medioevo; la tenaz persecución de los falsificadores- ha castigado atentados graves a la actividad económica de la comunidad. Señala este autor que³, "la relación de los miembros

¹ Casares Carrera, Fernando. Ministro Fiscal General: Escrito de apelación en juicio por injurias, instaurado en su contra por el Calm. Guillermo Dueñas.

² De la Rúa, Jorge, *Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, pág. 11

³ Jorge de la Rúa: *Teoría ...*, op cit. pág. 12

de la sociedad con los bienes materiales (comprensiva de servicios materialmente apreciables) es una realidad que supone, en todos los casos, reglas de producción y de distribución. Desde el momento en que el derecho es el principal modo de manifestación del Estado, como organización suprema de la comunidad, es evidente que los fines y políticas económicas del Estado condicionarán la legislación económica, y como lógica consecuencia la llamada legislación penal económica.

1.1 CONCEPTO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Las distintas posiciones científicas en torno al concepto de Derecho Económico pueden resumirse, según Bajo Fernández⁴, de la siguiente forma: en primer lugar, la dirección metodológica entiende al Derecho económico como un nuevo modo más adecuado de analizar jurídicamente la problemática económica actual. En segundo lugar se encuentran aquellos para los que el Derecho económico agruparía toda la normativa, de Derecho público o privado, sobre la economía. Una tercera posición que es la que acepta este autor, dada la inviabilidad de las anteriores, identifica el Derecho económico con el Derecho de la economía dirigida por el Estado.

Acepta esta tercera posición ya que parte del origen mismo del Derecho económico, que nace en una época de marcado intervencionismo estatal, cuando se producen importantes transformaciones socioeconómicas, que responden al cambio de una economía de mercado clásica o liberal a una economía social de mercado, y jurídicas, tendientes a regular la intervención del Estado en el libre juego de las fuerzas económicas; pues bien, a esta intervención del Estado y su ordenamiento jurídico en espacios antes reservados a la libre iniciativa privada, es a la que, en principio, se denomina Derecho económico.

Sin embargo, hemos de decir, que en nuestros días, la tendencia es a trasladar del sector público hacia el sector privado, el desarrollo de las actividades económicas y productivas, para lo cual el Derecho económico, en la actualidad, está orientado a la desregulación, re-regulación y regulación, que permitan una fuerte liberalización de los mercados, a fin de que sean las leyes de la oferta y la demanda los perfectos asignadores de recursos y oportunidades.

Frente a esta coyuntura, se discute cuál debe ser la posición o el rol del Estado, debate que no ha llegado a ningún consenso, entre quienes sostienen que el Estado debe reservarse para sí funciones básicas como la defensa externa e interna, la administración de justicia, algunos aspectos de seguridad social, dejando de lado las actividades económicas estatales, renunciando, inclusive, a mantener en su dominio y control los sectores de la economía considerados como estratégicos, dejando de lado la planificación de la economía, para que sean los sectores productivos y financieros, sumados todos los agentes económicos, los que vayan trazando el rumbo por el cual se ha de desarrollar el mercado y la satisfacción de las necesidades sociales. El Estado dejaría en manos de los particulares toda la gestión y evolución de las actividades productivas, retirándole la facultad de controlarlas y regularlas, reduciéndolo a su más mínima expresión.

⁴ Bajo Fernández, Miguel: *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*", Madrid, 1973, pág. 73

De otro lado, existen posiciones que señalan que el Estado, no debe ser ese "enorme paquidermo" u "ogro filantrópico", sino que debe constituir un ente pequeño, fuerte, ágil y con gran capacidad de regular y controlar las actividades que serán sometidas a las leyes de la oferta y la demanda, reservándose para sí, ciertas actividades consideradas estratégicas para la economía y para el desarrollo del país, que pretenda la satisfacción de las necesidades vitales de su población y que mejore el nivel de vida de sus habitantes. Su intervención no deberá generar distorsiones en el mercado, por lo cual su gestión será mínima en este campo, pero tendrá el poder suficiente de imponer los controles y sanciones, para lograr los objetivos de crecimiento y desarrollo sustentable que se propone, que el bien común no se vea alterado por el interés de quienes detentan el poder económico, que son pocos, en detrimento del interés de la sociedad en su conjunto.

Esta situación que produce profundos cambios a nivel de la superestructura social, buscan modificar el ordenamiento legal, partiendo de la reforma o emisión de una nueva Constitución Política, así como la emisión de nuevas leyes: Modernización del Estado, Mercado de Valores, Régimen Monetario, de Instituciones del Sistema Financiero, de Aduanas, etc.

De modo que, el Derecho Económico, busca dar respuestas, en este proceso de transformación, al nuevo rol que le corresponde asumir al Estado y a los agentes económicos, dentro de los procesos de producción, distribución, consumo y conservación de los bienes y servicios.

Una vez que hemos dado una brevísima revisión a lo que podemos entender por Derecho Económico, dentro de las posiciones expuestas, tratemos ahora de ver en que consiste el Derecho Penal Económico.

Se habla de Derecho penal financiero, Derecho penal comercial o Derecho penal de los negocios, términos indebidamente utilizados para designar esta materia, que no están bien precisados, ya que estas denominaciones tiene un alcance limitado y afectan más bien a las infracciones cometidas por los comerciantes.

La expresión *Derecho Penal Económico* cubre ampliamente todos los aspectos de esta rama del Derecho, tanto los aspectos dirigistas como los aspectos liberales. Desde esta última perspectiva, el Estado no debe intervenir en la actividad económica más que para proteger la libertad contractual y la libertad de comercio e industria: el Estado se limita a asegurar el funcionamiento del sistema capitalista atacando los abusos que destruyen la libertad, consecuentemente, el Derecho penal económico liberal aspira a ser un Derecho de protección.

En este sentido, Vitu⁵ define al Derecho Penal Económico como:

El conjunto de reglas del Derecho Penal que tienden a asegurar, bajo la amenaza de sanciones represivas, el libre juego de las estructuras económicas capitalistas y la protección de los individuos en la conclusión y ejecución de las relaciones económicas que contraen libremente entre ellos.

⁵ Vitu, André: *Tratado de Derecho Criminal*, París, 1982, pág. 592

Por el contrario, en la concepción dirigista, el Estado interviene situándose en el plano general del conjunto de la economía, de tal suerte que la actividad particular es regulada no solo porque puede, en un momento dado, perjudicar a una persona determinada, sino, sobre todo, porque puede falsear la política económica global del Estado. Desde esta visión, la represión penal no es un instrumento de arbitraje, es decir, no es un medio de restablecer el equilibrio roto entre dos o varios individuos con motivo de sus relaciones comerciales, sino un instrumento de acción económica.

El Derecho penal de protección, de inspiración liberal, cede, por tanto, el lugar a un derecho penal de dirección.

Desde este plano, el autor citado⁶, define el Derecho Penal Económico como:

El conjunto de disposiciones del Derecho criminal destinado a sancionar los textos que, en el marco de la política global del Estado, regulan la producción, distribución y consumo de los bienes, la utilización de los servicios, en definitiva los medios que aseguran el cambio y el empleo de estos bienes o servicios.

Como se podrá advertir, se presentan dificultades al tratar de aplicar estos conceptos a la realidad, ya que el Derecho Penal Económico se encuentra dividido entre estas dos tendencias, de manera que, alguna de sus disposiciones, en ocasiones irán en auxilio de los principios liberales, mientras en otras veces, servirán por el contrario, a la intervención del Estado, aun cuando en estos días, eso parezca que no esta de "moda".

1.1.1 EN SENTIDO AMPLIO

Bajo Fernández⁷ da una definición de Derecho Penal Económico en sentido amplio, en el siguiente sentido:

El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

De la definición transcrita vemos que se trata de la protección de la actividad económica, dentro del marco de la economía de mercado, regida por las leyes de la oferta y la demanda, concepto al que habría que añadir la protección a la conservación de esos bienes y servicios.

Dentro de esta noción amplia de Derecho Penal Económico, se criminalizarán como *delitos económicos*, las acciones u omisiones que atenten o pongan en peligro, en primer lugar, un bien jurídico patrimonial individual y, en segundo término, la normativa que regula la producción, la distribución, el consumo y la conservación de los bienes y servicios.

⁶ Vitu: *Tratado...* op. cit. pág. 519

⁷ Bajo Fernández: *El Derecho...* op. cit. pág. 75.

Se pueden y deben tipificar, a criterio de Beristain⁸, como delitos económicos las conductas que infringen las normas relativas al medio ambiente, las insolvencias punibles, las formaciones de carteles, las infracciones en el campo de la informática (manipulación o robo de datos, violación de secretos), la falsificación de balances de la empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de los acreedores (por ejemplo, quiebras, infracciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual), los fraudes al consumidor, la falsificación de las mercancías, la presentación engañosa, el abuso de la inexperiencia del consumidor, infracciones en aduanas, de moneda y cambio, infracciones bancarias y bursátiles, manipulación abusiva del mercado bursátil, las infracciones de las normas de seguridad e higiene laboral, las infracciones en contra de las sociedades mercantiles, el envío al extranjero de grandes cantidades dinerarias procedentes de delitos, los boicoteos empresariales, las receptaciones, las malversaciones de caudales públicos, los cohechos, las apropiaciones indebidas, las falsedades en documentos, los fraudes acerca de la situación comercial de la empresa y de sus fondos financieros, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales, la creación de sociedades ficticias, etc.

Es que según el indicado autor⁹, existe un concepto funcional de Derecho Penal Económico que incluye:

Aquellos delitos que, por su modo de llevarse a cabo o por el perjuicio que producen, pueden atentar contra, o poner en grave peligro, la estabilidad económica o hacer desaparecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la economía.

Este concepto amplía enormemente el ámbito de los delitos económicos, desde una perspectiva global, con la que coincido plenamente, pero para que esta visión macro pueda ser aplicada en debida forma, en la emisión de normas penales o sancionadores, será necesario que el legislador en el proceso de formación de la ley, vaya precisando las acciones y omisiones que puedan producir los efectos a los que se refiere Beristain, en el concepto transcrito.

La Constitución de la República en actual vigencia, designa el marco jurídico fundamental para el funcionamiento de la actividad económica, así el Art. 45 señala lo siguiente:

La organización y funcionamiento de la economía deberá responder a los principios de eficiencia y justicia social, a fin de asegurar a todos los habitantes una existencia digna, permitiéndoles, al mismo tiempo, iguales derechos y oportunidades frente a los medios de producción y consumo.

El desarrollo, en el sistema de economía de mercado, propenderá al incremento de la producción y tenderá fundamentalmente a conseguir un proceso de mejoramiento y progreso integral de todos los ecuatorianos. La acción del Estado tendrá como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza en la comunidad.

⁸ Beristain Ipiña, Antonio: *Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, 1985, pág. 180

⁹ Beristain: *Ciencia...*, op. cit., pág. 181

Se prohíbe, y la Ley reprimirá, cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros.

A más de la disposición constitucional transcrita, la Carta Suprema¹⁰ reconoce varios derechos que podríamos denominar económicos, como el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o la prohibición de toda discriminación por la posición económica del ciudadano, consagra la libertad de trabajo, comercio, industria, de contratación; el derecho a un nivel de vida que asegure la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

La Constitución permite un sistema económico de economía liberal o de mercado, sobre la base del reconocimiento del derecho a la libertad de empresa y asociación; una economía intervenida por el Estado, para hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza de la comunidad, es decir por un objetivo de interés general y una planificación económica que deberá ser ejecutada de manera obligatoria por los Ministros de Estado y por las entidades del sector público¹¹. Prohíbe de manera expresa cualquier forma de abuso del poder económico, las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros, es decir acciones monopólicas que no permitan el acceso, al mismo tiempo, con iguales derechos y oportunidades, a los medios de producción y consumo.

Es decir, coincidiendo con el concepto funcional dado Beristain, citado en párrafos anteriores, las normas Constitucionales, trazan el marco legal general para que no se den acciones u omisiones que puedan poner en grave peligro la estabilidad económica, o hacer desaparecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la economía.

De las normas constitucionales referidas, podríamos decir que el Derecho Penal Económico es: el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el sistema económico señalado en la Constitución.

1.1.2 EN SENTIDO ESTRICTO.

Derecho Penal Económico en sentido estricto es, según Bajo Fernández¹²:

El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.

La función primordial del Derecho Penal Económico, así entendido, es realizar la justicia socio-económica, mediante la protección de la economía en su conjunto, el orden público

¹⁰ Artículo 19 de la Constitución Política Ecuatoriana

¹¹ Arts. 90 y 92 de la Constitución Política de la República

¹² Bajo Fernández: *Derecho...*, op.cit., pág. 37

económico y la economía nacional, como valores estatales diferentes a los particulares de propiedad, patrimonio y buena fe contractual.

El Derecho Penal Económico, así entendido, tipificará como delitos económicos, las acciones u omisiones que lesionen o pongan en grave peligro la normativa que regula y los bienes jurídicos que protege la intervención estatal en la economía.

Beristain¹³ señala, dentro de este ámbito del Derecho Penal Económico, que se deben tipificar los delitos que atenten contra la determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el delito fiscal, etc.

En este sentido puede hablarse de un concepto unitario inicial de aproximación al Derecho Penal Económico, al relacionarlo con aquellas normas en las cuales la sanción tiende a proteger los fines y políticas económicas del Estado en la sociedad, o desde otro punto de vista, a la genérica política de protección de las condiciones de la vida económica.

El Derecho Penal Económico, en este aspecto restrictivo, lo concibe Tiedemann¹⁴ como: "derecho de la dirección de la economía por el Estado". En particular en el se ubican los delitos previstos por la ley penal económica alemana, especialmente el derecho de los precios, incluyendo la llamada usura social. Además, forma parte de este concepto, a criterio del autor, el Derecho penal económico exterior, que regula el intercambio económico con países extranjeros.

Su finalidad es proteger los objetivos de la planificación estatal; a pesar de que, por otra parte, la imposición fiscal se ha transformado actualmente en el instrumento oculto, pero preferido, de la dirección de la economía por el Estado.

De la revisión del concepto de Derecho Penal Económico, en sentido amplio y en sentido estricto, considero que es preferible la utilización del concepto en sentido amplio, ya que trata de cubrir de mejor manera, los bastos campos de las transacciones, los negocios, el comercio, la industria, las finanzas, la producción, el consumo, etc., en suma de la economía, con su gran dinámica y versatilidad, a fin de que todas sus manifestaciones, cualquiera que estas sean, queden enmarcadas dentro de esta rama del Derecho y en un momento dado, puedan ser reprimidas.

1.2 ORIGEN DEL DELITO ECONÓMICO.

Dentro de la literatura criminológica se vienen utilizando expresiones para referirse a un fenómeno similar pero no necesariamente igual. Tales son las de "delincuencia económica", "delincuencia de cuello blanco", "delincuencia de caballero" y "delincuencia profesional". La de mayor trascendencia internacional es la de delincuencia de cuello blanco que nació con Sutherland en 1939, quien la definió como la "violación de la ley penal por una persona de alto

¹³ Beristain: *Ciencia...*, op. cit., págs. 180

¹⁴ Tiedemann: *Poder Económico y Delito*, Editorial Ariel, Barcelona 1985, págs. 9 y s.

nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional"¹⁵.

De esta definición podemos colegir tres características: la comisión de un delito, el alto nivel social de la clase a que pertenece el autor y la relación entre la infracción y la clase profesional.

Uno de los méritos de Sutherland, considero es presentar a la delincuencia como algo no privativo de una clase social, y demostrar la existencia de una delincuencia en las clases superiores y dirigentes de la sociedad. Esta puede ser la característica central de la aportación del sociólogo norteamericano.

A más de las tres características señaladas, Schneider añade otras como notas esenciales de la delincuencia de cuello blanco y que consisten en: la lesión de la confianza en el tráfico mercantil, el abuso de la credulidad o ignorancia de la víctima, la utilización de especial astucia por parte del autor para impedir su descubrimiento, bien porque se presente el hecho como lícito, bien porque impide por distintas razones la denuncia de la víctima, la conciencia de la ilicitud del hecho, pero no su trascendencia criminal, la creación de una imagen de honorabilidad, la pertenencia del autor a un sector de actividad económica, etc.

La acentuación de una u otras de las características indicadas da lugar al nacimiento de las diferentes expresiones referidas al inicio.

El nombre de *delincuencia profesional* es utilizada por quienes ponen más énfasis en el vínculo entre la infracción y la actividad profesional, sin considerar la clase social a la que pertenece el delincuente. En esta expresión se incluirán no sólo la delincuencia de cuello blanco propio de clases de alto nivel social, sino también la llamada de "cuello azul", referida a las actividades profesionales de los obreros. Así abarcaría delitos vinculados a la profesión médica, como: venta ilegal de narcóticos, abortos, falsedades, abusos obligando al cliente a tratamiento inútiles, etc.; a la abogacía, como: asesoramiento para la infracción de leyes fiscales, políticas o mercantiles, interposición de falsas demandas de indemnización por accidente, etc.; y los delitos de obreros, como: reparación de coches, radios o relojes.

El nombre de *delincuencia de caballeros*, a diferencia de la expresión anterior, toma en cuenta los delitos cometidos por personas que pertenecen a un alto nivel social, sin importar su profesión u ocupación, se toman en cuenta delitos como el duelo, la tenencia ilícita de armas, seducción, adulterio, infracciones de tránsito, etc.

Por último nos referiremos a la *delincuencia económica*, que es una especie de la de cuello blanco, destacando la especialidad, en que la actividad profesional consiste, precisamente, en una actividad de índole mercantil. En este sentido entendemos como delincuencia económica la relativa a las infracciones lesivas del orden económico, cometidas por personas de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional.

Es relevante la procedencia social de la delincuencia económica porque de ahí se deriva la cuantía del daño y el reclutamiento del autor entre miembros de la alta sociedad. Son precisamente los delitos económicos cometidos por estos quienes producen más efectos

¹⁵ Sutherland, E. H.: *White Collar Criminality*, 1940, págs. 1-12

nocivos por las cuantías de sus consecuencias dañosas y por el número de personas afectadas, que además suelen pertenecer a clases modestas de la sociedad.

Los delincuentes económicos forman parte de la clase superior de la sociedad y por lo mismo, muy respetados, siempre han logrado, a través de los años, influenciar el modelo de las legislaciones que están destinadas a reglamentar el campo de las actividades económicas, industriales y comerciales. Es así como los procedimientos legales y judiciales elaborados con el fin de controlar el mundo de los negocios solo excepcionalmente han tenido un carácter penal. En vez de persecuciones penales se establecen comparecencias antes las comisiones reguladoras, persecuciones civiles por daños y otros diversos procedimientos fuera del control jurisdicción penal y de una condena.

Estas violaciones que aparecen únicamente dentro de la legislación civil, según Sutherland¹⁶, constituyen "crímenes", por cuanto:

- a) La ley reconoce estas violaciones como "perjudiciales al bien público".
- b) "Las sanciones legales" apropiadas están "prescritas" para tales violaciones; y,
- c) La conducta de los infractores es habitualmente "voluntaria" e "intencional", en el sentido de que ella no es en absoluto accidental y que se ejerce "con pleno conocimiento de causa".

1.3 CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO.

El delito económico debe ser analizado desde su doble dimensión: jurídica y criminológica, a fin de obtener un concepto que sintetice ambas perspectivas. Desde un punto de vista jurídico, Delmas-Marty¹⁷ define la infracción económica como aquella que "ataca las estructuras relativas a la producción, circulación, distribución y consumo de las riquezas de un Estado determinado". Posner¹⁸ entiende por delitos económicos los cometidos sin violencia por personas físicas o morales que son consideradas "formales" frente o a diferencia de quienes cometen los delitos comunes. Desde otra perspectiva, también considera delitos económicos los tipificados en determinadas leyes especiales, sobre todo cuando lo realizan ciertas personas físicas o morales "bien consideradas". Finalmente incluye dentro de estos delitos, considerando el autor y el medio empleado, los cometidos por personas económicamente fuertes más que por las de la clase media o baja, y mediante fraudes, estafas, monopolios, etc., más que con violencia.

El concepto de criminalidad económica para Tiedemann¹⁹, no se asienta tanto sobre el círculo de autores como sobre el campo de acción: criminalidad económica es criminalidad en el ejercicio profesional o en ocasión del mismo, es decir, la criminalidad de los que tienen actividades en la vida económica. Los delitos económicos son, por consiguiente, hechos punibles cometidos por alguien en el ejercicio de su profesión, y por ello la regulación jurídica

¹⁶ Sutherland: *Crime and Business*, 1941, págs. 112-118

¹⁷ Delmas-Marty, Mirielle: *Derecho Penal de los Negocios*, París 1981, pág. 30

¹⁸ Posner, Richard A.: *Óptimas Sentencias de Delitos de Cuello Blanco*, Madrid, 1980, pág. 410.

¹⁹ Tiedemann: *La Criminalidad económica como objeto de investigación*. Madrid, 1983, pág. 172

y la descripción de estos "delitos especiales" no se encuentra, a menudo, en el Código Penal, sino en el denominado Derecho Penal especial. Se otorga, pues, un ámbito mayor al concepto de delitos económicos aceptando la idea de que el Derecho Económico está formado por el conjunto de normas jurídicas promulgadas para "la regulación de la producción y la fabricación y distribución de bienes económicos". Y, para diferenciar estos delitos económicos de los "patrimoniales", se hace prevalecer el bien jurídico colectivo o supraindividual (social), aun cuando se añade, concurrentemente, la protección del individuo, consumidor o competidor.

Schultz²⁰ considera como criminalidad económica los delitos que no simplemente se orientan a obtener inmediatas ventajas económicas de una determinada víctima por medios ilegítimos, sino aquellos que se cometen en relación con negocios jurídicos que sirven regularmente a la transmisión o disposición sobre bienes patrimoniales. El concepto de criminalidad económica, a criterio del citado autor, tiene "únicamente significación táctico-criminal". La criminalidad económica tiene múltiples caras, las ya clásicas, como: la bancarrota, el agiotaje, los balances falsos, etc.; otras más modernas, como: la evasión fiscal, el fraude cambiario, la contaminación industrial, los fraudes alimentarios, etc. Las primeras atacan los valores fundamentales de la sociedad civil y las segundas atentan contra valores de la política.

En criterio de otro autor²¹, no entran en el campo de la delincuencia económica los delitos "contra la propiedad", robo, hurto, etc., pero sí entran muchos de los delitos de cuello blanco. Las palabras "delitos económicos" han de entenderse no sólo en sentido específico que se refiere a los delitos relativos a la economía, es decir, a las estructuras de la producción, circulación, consumo y conservación de las riquezas de un Estado, sino también, en sentido genérico, comprensivo de los delitos financieros, los delitos de la calidad de vida (polución ambiental), los delitos sociales (delitos laborales y de seguridad social), los delitos de los negocios, etc.

En esta línea de pensamiento coincide Quintero Olivares²², quien señala que la expresión delito económico obedece al propósito de superar la mezcla conceptual entre lo patrimonial y lo económico, atribuyendo de este modo, a las infracciones patrimoniales una dimensión "individual" mientras que lo económico sería de índole "colectiva" o "social", estima que ambos planteamientos de delito económico en sentido estricto y en sentido amplio son válidos y, por consiguiente, no es particularmente importante el que los tipos concretos de delitos obedezcan o no a un criterio estricto de delito económico. Lo que si es necesario, observa dicho tratadista, es que los tipos sean realmente "útiles" -protejan bienes jurídicos dignos de ello- y que, de un modo u otro, cuestiones fundamentales para la vida económica del país reciban la atención del Derecho Penal.

Desde una perspectiva jurídico-política, López-Rey²³ define a la criminalidad económica de la

²⁰ Schultz, citado por Kaiser, Gunther: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid 1978, pág. 227

²¹ Beristain: *Ciencia...*, op. cit., págs 179 y ss.

²² Quintero Olivares: *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal Español*. 1979, págs. 211-221.

²³ López-Rey y Arrojo, Manuel: *Criminalidad y abuso de poder*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, págs. 20

siguiente manera:

"Criminalidad económica es la que afecta seriamente a la estructura socio-económica de un país que es parte de la más amplia del desarrollo del mismo. Por lo común, implica un abuso de poder en lo que lo político-ideológico puede jugar un papel importante o decisivo."

Por otra parte, el delito económico ha recibido también especial atención criminológica, particularmente con el análisis del "White collar crime". Así, para Pinatel²⁴, el crimen de cuello blanco es el hecho de un delincuente organizado y socialmente adaptado. Se trata de un sujeto que perteneciendo a una elevada clase socio-económica elevada, viola de una manera sistemática las leyes destinadas a regir sus actividades profesionales. Por tanto, el "White collar crime" es una nueva forma de criminalidad organizada, orientada hacia el fraude y la explotación, combinando a menudo, la violencia y la astucia (gangsterismo). En el límite, la actividad criminal constituye actividad económica de un género particular.

Según Courakis²⁵, los delitos de cuello blanco, son cometidos "exclusivamente por personas de nivel socio-económico elevado, poseedores de una buena reputación y acomodadas; aunque esta actividad no debe limitarse a cuestiones económicas, sino que ha de ampliarse a las actividades científicas y políticas. Por tanto, la infracción económica, científica o política debe estar relacionada con la actividad profesional del agente, pues, el medio hecho de pertenecer a éste a la alta sociedad y prevalerse de esta situación no es bastante para que pueda reputarse su conducta como constitutiva de un "delito de cuello blanco". A estos efectos, el citado autor distingue tres grupos:

- a) Los crímenes en su propio sentido: son aquellos que están previstos y castigados penalmente, por ejemplo la bancarrota;
- b) Los delitos cuasi legales: son aquellos que no se sancionan penalmente, sólo se les imponen sanciones civiles y administrativas; y,
- c) Los "crímenes" no tipificados legalmente: son verdaderos delitos, desde el punto de vista criminológico, que, no obstante, permanecen al margen de la legislación penal por exigencias del principio de legalidad penal.

Efectivamente, el delito económico de cuello blanco se nutre, esencialmente, de "crímenes" no tipificados legalmente, frente a los cuales el jurista, consciente de la importancia y continuo crecimiento de esta realidad criminológica, pretende insertar estas conductas en una nueva tipología en la que difícilmente tienen cabida los conceptos económicos. Pero es que, además, al no estar claramente sancionadas estas conductas penalmente, el delincuente de cuello blanco estima que sus hechos son simples ilegalidades, cuando no simples negocios, por lo que se considera así mismo como un "ciudadano respetable" y en modo alguno como un vulgar "delincuente"; a lo sumo, puede verse como un mero "infractor de la ley" que, aun

y 23.

²⁴ Pinatel, Jean: *Criminología*. París 1970, págs. 372 y 421

²⁵ Courakis, N.C.: *Introducción al estudio de la criminalidad de cuello blanco*. París, 1974, págs. 771 y ss.

reconociendo la injusticia de su conducta, la justifica, empero, por ser habitual en el grupo social al que pertenece; es el caso, por ejemplo del fraude fiscal.

Finalmente y sintetizando los conceptos expuestos podríamos decir que delito económico es la acción realizada por personas "respetables" de elevada posición socio-económica, en el desempeño de su profesión y con abuso de poder, que lesiona o pone en peligro manifiesto y grave el orden público económico. Esto lleva a establecer otro posible elemento del delito económico: la dificultad de tipificarlo legalmente y, por lo tanto, la frecuente impunidad de sus autores.

Por orden público económico ha de entenderse la estructura socio-económica que configura el sistema económico constitucional; es decir, el conjunto de instituciones que regulan tanto la intervención de los agentes económicos, público o privados, en la economía, como los mecanismos que disciplinan la producción, consumo y conservación de la riqueza nacional.

1.4 ELEMENTOS DEL DELITO ECONÓMICO.

A continuación vamos a describir cuales son los elementos del delito económico, tomando en consideración las características relevantes de los conceptos expuestos en el anterior numeral.

a) La acción penalmente relevante.

El delito económico aflora al mundo jurídico merced a una acción, omisión o comisión, dolosa o culposa, penalmente relevante, es decir, un comportamiento atribuible a un ser humano o a la acción manifiesta de quien actúa, no para sí, sino en nombre de otra persona, física o jurídica.

Este comportamiento humano, tiene la particularidad de que, pese a su carácter estructural (en el sentido de que constituye la expresión de un sistema de relaciones sociales determinadas por el modo de producción y distribución de la riqueza), no está sujeto a las leyes que rigen la economía de mercado, sino que refleja procesos psicológicos dotados de libertad suficiente para que el agente quiera, dolosa o culposamente, infringir las normas jurídicas que regulan la vida socio-económica, en orden, generalmente, a la consecución de un enriquecimiento injusto, a costa de las legítimas expectativas sociales.

b) Los sujetos de la acción.

Los sujetos con capacidad para cometer el delito económico son tanto las personas naturales como las jurídicas.

1.b) Existe una amplia discusión doctrinal sobre si autor es solo aquel que ejecuta de hecho el acto, o si la autoría surge de la pertenencia activa o pasiva a una "esfera de responsabilidad" de tal forma que "autor" también puede ser aquel que no actúa en sentido material e, incluso, una

persona jurídica. En los Países Bajos tal concepto *funcional* de autoría ha facilitado la introducción en el Código Penal holandés de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El mismo concepto normativo, o funcional, de autoría se utiliza hoy implícitamente en muchos países en tipos delictivos relativos al consumidor. Así "productor" de productos alimenticios adulterados no es aquel que utiliza la máquina con la materia de los alimentos sino aquel que actúa en el tráfico como comerciante; no "capta" clientes con datos engañosos aquél que los redacta o coloca en los escaparates o los transmite en la prensa y televisión, sino el titular del negocio que origina la publicidad.

En todos los ordenamientos jurídicos están extendidas las sanciones administrativas para empresas y personas jurídicas del mundo económico. Sin embargo, como consecuencia de las tendencias político criminales internacionales, existe una fuerte inclinación a aceptar una *auténtica punibilidad* de las personas jurídicas, los Países Bajos (1976), Noruega (1992) y Francia (1993), introdujeron esta posibilidad en los Códigos Penales; otros Estados como Alemania (1968) y Suecia (1986), prevén para las personas jurídicas y otras asociaciones, un sistema de sanciones administrativas que están fuertemente vinculadas al Derecho Penal y en parte adoptan denominaciones propias para diferenciarse de las clásicas sanciones administrativas.

En cuanto a determinar responsabilidad a las personas jurídicas, Europa es la región que más ha avanzado en este campo, así la Recomendación 88/18 del Consejo de Europa, permite escoger una de estas posibilidades: la punibilidad real de las personas jurídicas o la introducción de nuevas formas de sanciones administrativas, pero sin embargo, recomienda insistentemente la utilización efectiva de una u otra posibilidad para obtener éxito frente a un problema central de la criminalidad económica: la mayoría de los delitos económicos se lleva a cabo mediante o con la ayuda de empresas económicas.

Históricamente, el problema de la punibilidad o cuasi-punibilidad de las personas jurídicas se ha planteado por el hecho de que numerosos Estados sólo reconocen una auténtica punibilidad de las personas jurídicas en algunos sectores, como por ejemplo, el del derecho penal fiscal o de divisas.

En el futuro, señala Tiedemann²⁶, por razones de practicabilidad y efectividad en diversos ámbitos, será válido incorporarse a un sistema general de la hasta ahora sólo excepcionalmente instituida punibilidad de las personas jurídicas. En este futuro sistema general, puede abandonarse la responsabilidad penal subsidiaria de las personas jurídicas en caso de penas de multa que son infligidas a los órganos, como es el caso del sistema clásico de *sanciones administrativas*.

Un nuevo modelo normativo político jurídico lo ofrecen sin duda los Estados angloamericanos, manifiesta el tratadista citado, en los cuales -por cierto, desde el siglo XIX- está reconocida legalmente la punibilidad de las personas jurídicas. Igualmente, señala, da que pensar el hecho de que el postulado latino *societas delinquere non potest* sea de dudosa genuinidad histórica y que hasta la Revolución Francesa (1791) la punibilidad de las asociaciones en Europa continental era admitida y habitual. La introducción de una única y exclusiva

²⁶ Tiedemann Klaus: *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona 1993

responsabilidad "personal" (de las personas naturales) es, por ello, relativamente reciente y necesitada actualmente tanto de discusión como de reforma.

La tendencia que existe en la Unión Europea, va hacia el reconocimiento de la culpabilidad de la propia empresa comparándola con otras empresas del mismo tamaño y en una situación paralela. Esto se corresponde con doctrinas penales que basan el concepto de la culpa en la comparación con el cumplimiento de deberes por personas calificables como "razonables". En resumen, podría decirse que el concepto de culpabilidad en sentido estricto, tiene en derecho penal económico, un fundamento más de tipo general que individual.

El que las asociaciones, propias de las personas jurídicas, tengan la posibilidad de llevar a cabo *acciones u omisiones*, es rechazado por varios tratadistas: Bajo Fernández y Barbero Santos, quienes sostienen que la capacidad de acción es una cualidad natural (humana) que no puede ser sustituida en atención a consideraciones de imputación.

Tiedemann²⁷, afirma que la imputación de hechos ajenos ya se produce en casos de coautoría, aunque sea discutible aceptar la denominación de autor para ambos sujetos, manifiesta también, que la capacidad de pena de las personas jurídicas difícilmente puede negarse, puesto que están presentes tanto las finalidades preventivo especiales y preventivo generales de la pena, como la retribución en sentido amplio, además, concluye, que el castigo de las personas jurídicas junto a las personas naturales no se opone al principio del *ne bis in idem*, siempre y cuando se conciben como autores distintos.

En nuestra legislación también se ha empezado a considerar a las personas jurídicas, como posibles sujetos de sanción, así, el Código Tributario ha previsto la responsabilidad penal tributaria, entendiéndose por esta al grado de culpabilidad de las personas naturales, jurídicas o sociedades sin personalidad jurídica, por las infracciones tributarias que cometen. La Ley de Mercado de Valores y la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero también tienen normas sancionadoras en contra de las personas jurídicas.

2.b) El sujeto activo de los delitos económicos, será frecuentemente el empresario, lo que no excluye que en ciertos supuestos, pueda serlo también, un funcionario público.

Sin embargo, actualmente, el delito económico tiene como protagonista principal a las corporaciones, también denominadas sociedades o empresas multinacionales. Su nacimiento se ha debido al proceso de transformación cualitativa o cuantitativa del sistema económico-estructural norteamericano, basado en una elevada concentración del capital, realizada por medio de la constitución y afianzamiento de las grandes concentraciones monopólicas. Es cierto que estas corporaciones están formadas por individuos e, incluso, hasta por el Estado, que, en virtud de esa participación, pueden verse implicados en prácticas delictivas, pero, no obstante, se ha producido un cambio en el sujeto de la criminalidad económica, pues si en el marco competitivo era el comerciante, el empresario, el profesional individual que se beneficiaban individualmente, ahora en el esquema monopólico, lo es la propia corporación.

Sujeto pasivo del delito económico lo será, preferentemente, el sistema económico nacional, en

²⁷ Tiedemann: *Lecciones...*, pág. 234

cuanto forma privilegiada de organización de la nación y, por ende, un bien social justificado por el interés nacional, susceptible de protección por el Derecho Penal. Ahora bien, en la medida en que asiste a todos los ciudadanos el derecho a participar en la vida económica y social, de conformidad con los enunciados de las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes (Art. 19 y 44 de la Constitución de la República), el orden público económico comprende, también, el interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad adecuada a su voluntad profesional de actuación y beneficio. De ahí que, en ocasiones, el delito económico también afectará a los intereses patrimoniales individuales, por lo que podrán ser, asimismo, sujetos pasivos de la infracción económica una o varias personas particulares, siempre que tal lesión trascienda del interés patrimonial privado y perturbe, además, la regulación jurídica de la producción, distribución, consumo y conservación de los bienes y servicios, o quebrante la confianza pública en la intervención estatal en la economía.

c) Las cualidades personales de los sujetos de la acción.

El delito económico es una infracción realizada por personas, físicas o jurídicas (incluso el Estado), que reúnen las siguientes cualidades:

- Son personas respetables;
- De elevada posición social y económica; y,
- Que cometen la infracción en el desempeño de su profesión.

A diferencia del delincuente profesional, criminalmente organizado y socialmente inadaptado, el delincuente económico de cuello blanco puede o no ser criminalmente organizado, pero lo que es indudable es que está adaptado, aceptado, socialmente. Es decir, es una persona, considerada socialmente, respetable, capaz, por ello, de influir profundamente en las concepciones legales y en el comportamiento ético-social. Mientras que al delincuente contra la propiedad generalmente reincidente suele considerarse como un "marginado" y como un "problema individual frente al orden social", el delincuente económico, por el contrario, ni es marginado ni se enfrenta individualmente contra el sistema, al que por otra parte pertenece, pues en efecto, los delincuentes pertenecientes a grupos socio-económicos superiores no son ni mucho menos marginados, sino aceptados y tolerados por doquier; es decir, las condiciones de salud, alimentación, educación, trabajo y empleo, vivienda, transporte, consumo, asistencia social, seguridad, justicia, recreo y entretenimiento, prestigio social e influencia política del delincuente económico son, generalmente, muy superiores al promedio exigido para un tipo de vida en consonancia con los derechos humanos fundamentales.

El delito económico supone una conducta que entraña la violación de una norma penal, realizada por una persona perteneciente a la clase socio-económica elevada. Los delincuentes económicos suelen pertenecer a las clases medias o superiores. Así, mientras que en la criminalidad convencional el delincuente proviene, sobre todo, de los grupos de edad entre los 15 y 40 años, y en la mayoría de los casos pertenece a los grupos sociales y económicos menos privilegiados y carece frecuentemente de instrucción, en la criminalidad no convencional por

abuso de poder los delincuentes oscilan mayoritariamente en los grupos de edad a partir de los 40 años, están profesionalmente calificados y su posición socio-económica es la correspondiente a la clase media y superior. Evidentemente, habrá excepciones, pero las diferencias señaladas demuestran que los delincuentes pertenecientes a la criminalidad no convencional están muy próximos a las fuentes de poder o bien participan activamente en ellas; por lo que es obvio que tal cercanía y dicha participación requieren una determinada edad y cierto nivel profesional.

La referencia a la situación socio-económica del autor supone una clara alusión al poder económico o político que, frecuentemente, posee el agente, lo cual evidencia la relación entre la criminalidad y el desarrollo de la estructura socio-económica que la genera.

Por otra parte, la violación de la norma penal que entraña el delito económico debe tener lugar en el transcurso de las actividades profesionales del agente. Es decir, se excluyen del ámbito de la infracción económica aquellos delitos susceptibles de ser cometidos por personas de elevada posición socio-económica, pero que no tienen relación alguna con el desempeño de la actividad profesional del agente, por ejemplo, un crimen pasional o una muerte por accidente de tránsito.

El ejercicio de la actividad profesional correspondiente al elevado status del delincuente económico interesa en cuanto constituye el ámbito de competencias propias que diferencian a este tipo criminológico de autor, respecto de los demás tipos de delincuentes, independientemente de que el referido estatus derive de la participación del sujeto en el ejercicio del poder "económico" o "político", siempre que el ataque se dirija contra el orden público económico. Entre los presupuestos del concepto de delito económico, se encuentra pues, además de las cualidades aludidas, el hecho de que el comportamiento criminal se efectúa en el ejercicio de la profesión, es decir, cumpliendo con el rol profesional o desviándose de él.

d) El abuso de poder.

El abuso de poder económico o político, así como de la influencia social, constituyen elementos esenciales que definen el delito económico. Por abuso de poder ha de entenderse "la falta de consideración y respeto de la buena fe negocial, presupuesto imprescindible en el tráfico jurídico-mercantil", pues el delincuente económico actúa en el desarrollo de sus actividades profesionales según una "doble moral", conforme a la cual, como sostiene Díez-Picazo²⁸, "el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico".

El abuso de confianza socialmente depositada en el tráfico económico constituye, por tanto, el

²⁸ Díez Picazo: *El principio general de la buena fe*. Madrid 1977, págs. 19 y ss.

modo de cometer el delito económico. Desde esta perspectiva, Tiedemann²⁹ destaca como delitos económicos "aquellas conductas que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que, por su ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, pueden poner en peligro la vida económica o el orden que la rige.

A diferencia de lo que acontece en la criminalidad patrimonial, el éxito del delito económico se debe, en gran medida, al hecho de que el delincuente económico abusa desconsideradamente de la base de confianza inherente a las relaciones sociales con el fin de alcanzar elevados beneficios materiales.

e) La infracción del orden público económico.

A diferencia de los delitos contra el patrimonio que lesionan o ponen en peligro elementos integrantes del patrimonio ajeno, es decir, del conjunto de bienes y derechos pertenecientes a otra persona, el delito económico ataca las normas jurídico-penales que protegen el orden público económico, sin perjuicio de que, en ocasiones, la concreta modalidad de ataque pueda afectar también, a determinados intereses patrimoniales individuales.

Por consiguiente, la infracción económica viola los principios rectores de la política social y económica, tales como la propiedad privada, la libertad económica, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico. El orden público económico constituye, por tanto el bien jurídico protegido, pues si, como afirma Muñoz Conde³⁰, "la distinción delito-económico / delito-patrimonial hay que hacerla no sobre la base del volumen traducible en dinero, sino viendo cuál es el medio donde viven", parece evidente que el delito económico vive en la economía política, mientras que el delito patrimonial, por grande que sea, habita en la economía privada.

Del concepto y análisis de los elementos constitutivos del delito económico resulta que, las infracciones económicas, particularmente lucrativas, no pueden ser cometidas más que por una pequeña parcela de la población: las clases de elevada posición socio-económica que jamás han definido criminalmente sus comportamientos no éticos, induciendo a juzgar el fenómeno criminal, sus causas y la resocialización de los criminales frente a una sola clase de personas, es decir, las clases sociales desfavorecidas.

1.5 NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO ECONÓMICO.

Molina García³¹ señala que, "el delito económico se genera a partir de conductas que normalmente tienen su desenvolvimiento en el campo del Derecho Civil, Mercantil o

²⁹ Tiedemann: *Poder...*, op cit., pág. 11.

³⁰ Muñoz Conde: *El delito de alzamiento de bienes*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1971, pág. 46

³¹ Molina García: *Consideraciones sobre los llamados delitos económicos*. 1983, pág. 46.

Administrativo. El hecho lesivo vendrá innumerables veces dado como resultado de unas actuaciones civiles o mercantiles, incluso administrativas, perfectamente sincronizadas en aquellas esferas, pero que, a partir de un momento determinado, desencadenan una transgresión de la norma penal".

En lo concerniente a la naturaleza jurídica del delito económico, tomando en cuenta la definición citada, es necesario relieves que se trata de una figura jurídico-penal relativamente dependiente en la configuración de sus presupuestos constitutivos (Derecho civil, mercantil, administrativo, etc.) y autónoma en la fijación de sus consecuencias jurídicas y determinación de su objeto jurídico.

Por tanto, los tipos penales han de estar claramente establecidos, de suerte que a la hora de interpretarlos y aplicarlos al caso concreto, la tarea de depuración de los matices civil, mercantil o administrativos, etc., esté ya prácticamente, realizada, pues, de lo contrario, podrá darse el caso de enjuiciar con parámetros penales conductas perfectamente reguladas en los preceptos civiles, mercantiles, etc.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito económico, es obvio que son las propias de toda infracción delictiva, es decir, la pena o, en su caso, la medida de seguridad que el Derecho Penal determina con absoluta independencia del resto de los sectores del ordenamiento jurídico. Finalmente, por lo que respecta a la determinación del objeto jurídico del delito económico, ya vimos como la infracción económica ataca, preferentemente, un bien jurídico específico, cual es el orden público económico.

1.6 PECULIARIDADES DEL DELITO ECONÓMICO.

La infracción económica se distingue por dos características fundamentales: porque afecta al interés general y por su relatividad.

En efecto, la referencia a las estructuras económicas implica que el delito económico ataca al interés general antes que a los intereses particulares.

Dada la naturaleza variable de la producción de las riquezas, las estructuras de producción, distribución, consumo y conservación de aquéllas, es decir los sistemas económicos, presenten asimismo, naturaleza variable; de ahí el carácter específico de la relatividad de la infracción económica.

Relatividad en el tiempo: carácter temporal de la legislación penal económica; y relatividad también, en el espacio, pues el concepto de infracción económica, por su naturaleza estructural, es una variable dependiente del sistema socio-económica imperante: libre empresa en el marco de la economía de mercado o economía colectivista o planificada.

A diferencia de la criminalidad violenta, por ejemplo, homicidios, atracos a mano armada a bancos, secuestros, etc., caracterizada por la *visibilidad* de la infracción y consiguiente *imagen* que de la misma se forma la opinión pública sobre el crimen y el delincuente, el delito económico se caracteriza por la gran distancia existente entre el delincuente y la víctima. La

escasa visibilidad del delito, la volatilización de la calidad de la víctima y el anonimato constituyen notas peculiares de infracciones económicas, tales como la obtención subrepticia de subvenciones o el delito fiscal.

Según García-Pablos³², desde una perspectiva fenomenológica, existe un conjunto de factores que otorgan un perfil peculiar a la criminalidad económica, frente a la delincuencia convencional.

La compleja trama y estructura de la delincuencia económica, tanto a nivel organizativo como operacional, podría ser citada en primer lugar. Esto se debe a la masificación, dinamismo y complejidad del tráfico jurídico mercantil actual, pues las operaciones económicas y financieras, por su elevado tecnicismo, requieren valoraciones que incluso, escapan a la propia normativa legal que las regula, la cual, a menudo es impotente para controlar, eficazmente, este tráfico internacional.

En segundo lugar, predomina un intencionado anonimato y distanciamiento entre el autor y la víctima, ya que el sujeto activo suele ser una compañía, una corporación y la víctima, frecuentemente un colectivo anónimo y desorganizado. En estos supuestos resulta muy difícil orientar la atención del público hacia estos delitos menos visibles, pero no por ello menos perjudiciales socialmente. Esta situación se complica cuando no es una persona natural, sino jurídica, un grupo anónimo o una organización burocrática la que interviene como criminal o como víctima.

Como consecuencia de lo anterior, la reacción social es ordinariamente poco intensa. Las infracciones escasamente se denuncian o no se castigan efectivamente porque la aparente neutralidad de los hechos, la no percepción directa y ostensible del delito dificultan su persecución.

Finalmente diremos que una de las características esenciales de la infracción económica es que pertenece a la criminalidad no convencional, la cual es consecuencia directa de afanes económicos, financieros, industriales, etc., en los que la política puede mezclarse. Sus agentes principales, pero no únicos, son las grandes empresas multinacionales. Es, pues un delito doloso, transnacional y organizado.

1.7 FINES DEL DELITO ECONÓMICO.

Para Bajo Fernández los datos estadísticos sobre los efectos de la delincuencia económica son tan sorprendentes que podría afirmarse que los daños materiales que produce son inimaginables en la delincuencia violenta, ya que la delincuencia económica también lesiona la vida e integridad física de las personas.

Los daños característicos de la delincuencia económica son los financieros, pero hay otros daños materiales de mayor relevancia que aquellos, como los atentados contra la vida, la

³² García Pablos, Antonio: *Problemas actuales de la Criminología*. Madrid 1984, págs. 176 y ss.

integridad física y la salud. Tal ocurre con los fraudes alimenticios, manipulaciones con medicamentos, cosméticos, etc. En este sentido son conocidas las muertes por alcohol metílico utilizado en las destilerías clandestinas.

Bajo la denominación de daños inmateriales la literatura se suele referir, a la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, la deformación del equilibrio de mercado y la eliminación de la competencia. Estos efectos no se producen, la mayor de las veces, de forma inmediata, sino en el transcurso del tiempo. Por ejemplo, quien elude sus obligaciones fiscales para cubrir más cómodamente los gastos de amortización de una moderna maquinaria, comete una infracción cuyo efecto sufre directamente el erario nacional. Pero de manera inmediata afecta el equilibrio del mercado, ya que se procura una ventaja económica frente a los concurrentes y consumidores que le facilita el logro de una situación monopolística.

En cualquier sistema de mercado (dirigido o libre) no se puede soportar más allá de determinados niveles de delincuencia porque, precisamente, al superarlos se produce una pérdida de confianza que hace quebrar el sistema.

En este sentido la delincuencia económica requiere una especial atención por la gravedad de alguno de sus efectos característicos:

a) El de *resaca o espiral*, cuya descripción es la siguiente: en un mercado de fuerte competencia la deslealtad en la competencia se produce cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha. En esta situación quien primero delinque presiona al resto a la comisión de nuevos hechos delictivos (efecto de resaca), y cada participante se convierte en eje de una nueva resaca (efecto espiral).

Este efecto de especial contagio se ve además facilitado porque el autor potencial es consciente del número enorme de delitos económicos, de la importancia de la cifra negra y de la benignidad de las penas previstas en las leyes suscitando una imagen amable y positiva del delincuente.

b) La *reacción en cadena*, cuya explicación es la siguiente: En un delito económico de elevados daños materiales, el perjudicado constituye el primer eslabón de una cadena de víctimas porque hace transmitir de unos a otros las dificultades de pago, las crisis y las quiebras, sobre todo en períodos de recesión económica.

Además los delitos económicos reclaman complementariamente otros delitos secundarios como falsificación de documentos, exhibición de justificativos falsificados, corrupción, etc., y entre sus efectos encadenados no solo hay que referirse a las quiebras sucesivas, sino también a los despidos masivos de trabajadores, alza de interés en los institutos de crédito, encarecimiento o aumento de las condiciones de los seguros, etc.

Por último se ha hablado del poder corruptor que esta delincuencia ejerce sobre la Función Judicial y la Administración Pública involucrando jueces, magistrados y a los funcionarios públicos y, efectivamente, es muy común, en los procesos que conoce la prensa, verlos enrolados en delitos de esta índole.

La otra cara de los daños producidos por esta delincuencia la constituye el lucro obtenido por

el autor, que alcanza cotas espectaculares. A fin de cuentas la característica del delito económico es el ser un delito de enriquecimiento.

1.8 CLASES DE DELITO ECONÓMICO.

La primera preocupación en la materia la constituye la distinción entre delito económico y delito contra la propiedad, en principio se entiende que los delitos contra la propiedad atañen al interés individual y los delitos económicos a intereses colectivos. Sin embargo, y especialmente relacionado con la actividad comercial, muchos delitos contra la propiedad han sido considerados como delitos económicos, por ejemplo la propia estafa como infracción a las reglas ético-sociales de la economía, o más restringidamente, las formas colectivas especialmente en relación a operaciones de venta de inmuebles o falsos programas habitacionales, lotizaciones fantasmas o venta de predios ajenos acompañadas de invasión de predios, además, ofertas fraudulentas de vivienda o residencia para vacaciones. Incluso, como manifestación reciente, la utilización fraudulenta de computadoras.

Los atentados a las condiciones del mercado, que producen de modo directo una alteración del proceso económico en la producción, distribución, precios o consumo, son considerados habitualmente como comprendidos en la materia. Ello ocurre tanto con la antigua forma del monopolio y otras modalidades, como en la más moderna del abuso de poder económico, o las formas menores de la especulación, agiotaje, violación o alteración de precios, concurrencia desleal, coerciones en la actividad económica, atentados a intereses del consumidor, etc.

Igualmente se han incluido en la materia los atentados directos a los bienes o servicios, de modo tal que se considera que la lesión afecta la economía general, ya sea por su entidad (grave daño a la producción nacional), o por su naturaleza esencial o importante (descenso notable de mercaderías de grande o general consumo), cuestión esta última, que se vincula con las infracciones en tiempo de guerra.

La percepción de tributos por parte del Estado ha generado controversias sobre la inclusión de las infracciones que la afectan, en el campo de los delitos económicos. De ese modo, a los delitos fiscales -de los cuales suele considerarse independientemente al contrabando- se los incluye o no en la materia, según se considere el grado de autonomía que han alcanzado, o la perturbación a la actividad o condiciones económicas de la comunidad.

Ciertas formas estatales orientadas al fomento o dirección de actividades económicas determinan el castigo de su desnaturalización, y suele incluirse de ordinario en este campo. Es una materia vastísima, reflejo directo del nuevo rol de intervención estatal, y su heterogeneidad presenta severos problemas de orden sistemático. Pueden citarse las normas sobre comercio exterior, créditos y subvenciones (cada día menores), protección de riqueza vegetal, minera, etc.

También las reglas estatales relacionadas con la moneda y los cambios han determinados que sus infracciones sean consideradas delitos económicos, especialmente en cuanto al cambio.

Como formas muy recientes de delitos económicos se han considerado los perjuicios

ocasionados por el manejo irregular de computadoras, denominados generalmente delitos de la informática.

Y no han faltado por último, posiciones que en el estudio de las formas delictivas económicas consideren los daños ecológicos como comprendidos en la materia.

Como se ve tras el concepto de criminalidad económica se esconden hechos penales muy variados. Para López-Rey³³, los principales delitos económicos son los siguientes:

"Soborno, cohecho, corrupción, concesiones industriales, comerciales, financieras, urbanísticas, etc., prohibidas por la ley; importaciones y exportaciones ilegales de capital, mercancías, productos, etc.; uso indebido de fondos públicos o privados prevaleciendo de una condición financiera, oficial, política, etc.; simulación de préstamos, beneficios, préstamos, beneficios, pérdidas, etc.; servirse de los planes de desarrollo con fines privados; simulación de precios y gastos; fraudes de muy diverso orden, llevados a cabo a veces por medio de computadoras; especulaciones o concesiones, etc., prohibidas por la ley; uso de fondos para fines distintos de los previamente establecidos; reclamaciones ficticias o exageradas contra el gobierno o la administración, empresas oficiales o no, servicios sociales y otros; evasión o impago de impuestos u otras prestaciones, "holdings" o conglomerados de empresas a menudo ficticiamente solventes; movimientos huelguísticos con el propósito de dañar o arruinar económica o industrialmente una empresa, institución, etc.; decisiones o acuerdos patronales con la finalidad de perjudicar o paralizar económicamente entidades, organizaciones o grupos laborales, profesionales, etc.; inclusión o exclusión de empresas públicas o privadas de listas negras con finalidades ilícitas; contrabando en medida suficiente para constituir un daño económico; abultamiento de gastos o rúbricas legales en la administración pública, empresa, negocio, etc.; preparación de balances falsos o exagerados; fraudes so pretexto de fines políticos, religiosos, humanitarios y otros; ejecución de formas de desarrollo o planificación con fines económicos privados o contrarios a los oficial o administrativamente establecidos; uso de garantías ficticias o exageración de las mismas con finalidades ilegales; presentación de planes o esquemas de ampliación, reforma, urbanización y otros, que se sabe de antemano que no se han de llevar a cabo, pero que sirven para obtener beneficios económicos, políticos, etc.; lograr bajo falsos pretextos subsidios o prestaciones, pagos, etc., de entidades públicas o privadas, incluida la simulación de accidentes, enfermedades, pérdidas, daños, etc.; apropiación indebida de bienes, fondos, cosas, etc.; fabricación o producción de productos alimenticios, farmacéuticos, aparatos, medios y demás, que se saben no corresponden a las prescripciones o regulaciones existentes , pero cuya venta o distribución proporcionará beneficios económicos; contaminación o destrucción del medio ambiente, o de riquezas naturales como consecuencia de actividades científicas, técnicas, industriales, y otras, etc."

³³ López-Rey: *Criminalidad...*, op. cit., págs. 20 y s.

1.8.1 LOS DELITOS PATRIMONIALES.

Los delitos de estafa, apropiación indebida, soborno, usura, daño, hurto, quiebra, etc., atacan fundamentalmente el patrimonio de los particulares, es decir el conjunto de bienes y derechos, particularmente el derecho de propiedad, pertenecientes a otra persona. Tan solo en casos especiales afectan, de modo incidental, la tutela de intereses patrimoniales supraindividuales, tales como son los del fisco, los bancos, las compañías aseguradoras, las sociedades mercantiles, etc. Sin embargo, determinados delitos patrimoniales pueden devenir en infracciones económicas. Esto ocurre con los daños, que desde la perspectiva del sabotaje económico, pueden considerarse como un delito económico, o bien la alteración de computadoras con ayuda de magnetos, etc.

En principio, existirá un delito económico, en el ámbito clásico del Derecho Penal patrimonial, cuando, a criterio de Tiedemann³⁴, "para la ejecución del delito se empleen medios que el legislador protege como instrumentos de la vida económica mediante tipificaciones penales autónomas". Al mismo tiempo, tales hechos punibles afectan a bienes jurídicos de la generalidad o de sectores enteros de la economía. Es el caso de la publicidad desleal, delitos sobre balances y demás relativos a la contabilidad, y en la normativa de las infracciones de la normativa que regula los instrumentos de cambio y cheques, en la medida que se trata de "abuso de instrumentos e instituciones económicas", aunque en el caso concreto no afecte más que a intereses patrimoniales individuales. Además de estos supuestos, el autor ubica también como delitos económicos, las clásicas infracciones patrimoniales cuando atacan un "objeto fáctico supraindividual", o sea, en los supuestos en los que el bien jurídicos protegido no es siempre individual, aunque resulte así en el caso concreto. Esto acontece en delitos como la estafa contra bancos, compañías aseguradores y otras entidades intermedias, y, obviamente, cuando atacan al Estado.

En definitiva, para Tiedemann³⁵, los tipos penales pertenecientes al Código Penal, como la estafa, la defraudación, etc., deberán integrar el concepto de delito económico "si para el juzgamiento del caso se requieren conocimientos especiales de la vida económica". De esta manera no se toma en cuenta el tipo criminológico del autor, sino las dificultades criminalísticas del descubrimiento y la persecución de estos hechos. La combinación de ambos puntos de vista y la dirección del hecho contra el orden económico permite considerar hechos punibles del Derecho Penal económico, según el citado autor, tanto la falsificación o falsedad de balances y la estafa de crédito, como a la adulteración de alimentos y licores y la propaganda desleal, la estafa vinculada a ciertos negocios de mercaderías a término, la evasión fiscal (por ejemplo, en la forma de obtención engañosa de ventajas fiscales o mediante la infravaloración intencional de activos), etc.

³⁴ Tiedemann: *Poder*, op. cit., págs. 17 y s.

³⁵ Tiedemann: *La criminalidad...*, op. cit., pág. 172

1.8.2 EL DELITO MASA.

El delito masa se encuadra dentro del más amplio aspecto de la criminalidad económica, sin identificarlo necesariamente con los delitos de cuello blanco, ya que el agente de este tipo de delito no es forzoso que pertenezca a una clase superior. Lo que sí vincula al delito masa con el de cuello blanco, es su especial proyección económica sobre el mundo incógnito de consumidores, de personas comunes a las que impulsa una misma necesidad en el mercado, sentimientos colectivos que el sujeto activo capta en su momento o coyuntura económica determinados para planificar su acción sobre aquel sujeto pasivo, de faz anónima, de tal modo que el número de perjudicados puede ser prácticamente indefinido.

El delito masa aflora en el mundo jurídico penal, a criterio de Días Palos³⁶, cuando:

"El sujeto activo, en ejecución de un plan preconcebido, realice una pluralidad de acciones u omisiones, o una sola de ellas, constitutivas de la misma infracción patrimonial, siempre que el hecho revistiera notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas."

El presupuesto material del delito masa, igual que el delito continuado, está formado por una pluralidad de acciones u omisiones penalmente relevantes, pero a diferencia del delito continuado, el fraude colectivo que para la economía de grandes sectores sociales representa el delito masa, puede lograrse mediante un solo acto, un hecho que por su manifiesta gravedad ha perjudicado a un gran número de personas.

Por el contrario, el ámbito de aplicación del delito masa se limita a los bienes jurídicos de naturaleza patrimonial, de tal suerte que el delito masa solo puede aplicarse a las infracciones patrimoniales y no a otras especies delictivas distintas, si bien su radio de acción comprende no solo los fraudes colectivos, sino también, los delitos contra los bienes. El delito masa comprende, las infracciones penales que lesionan o ponen en peligro relaciones jurídicas-patrimoniales que versan sobre bienes que, generalmente poseen una naturaleza económica.

Los elementos esenciales del delito masa son: el sujeto pasivo y el elemento subjetivo del injusto. En cuanto al primero, más que hablar de "sujetos pasivos" en sentido técnico-jurídico, la doctrina se refiere a una generalidad de perjudicados integrantes de un único sujeto pasivo en cuanto vinculados por un interés común o sentimiento común, como los engañados por la venta de un producto alimenticio contaminado.

Existe perfecta distinción entre "sujeto pasivo-masa", que es único, y diferentes perjudicados, que pueden ser múltiples y en perspectiva indefinida, tantos cuantos compraron el producto alimenticio contaminado o con fecha de expiración caducada.

En lo tocante al elemento subjetivo del injusto creador del delito-masa, es necesario que el agente actúe en ejecución de un "plan preconcebido o aprovechando idéntica situación", o lo que es igual, con "dolo conjunto". Es decir el conocimiento y la voluntad del sujeto han de

³⁶ Días Palos, Fernando: *Un rasgo criminológico de nuestro tiempo: el delito masa*. Madrid, 1985, pág. 132

comprender los elementos constitutivos del tipo del injusto, saber, de una parte que el agente conoce y quiere, de antemano, con su hecho, perjudicar a un colectivo de personas vinculadas entre sí por necesidades comunes de naturaleza patrimonial, y de otra que, consecuentemente su acción, por la gran extensión del perjuicio que ocasione, reviste gran notoriedad.

1.8.3 LA DELINCUENCIA FINANCIERA.

Para Rodríguez Sastre³⁷, la delincuencia financiera comprende, "todos aquellos actos fraudulentos realizados con el deseo de obtener un beneficio en perjuicio de tercera persona y los que atacan a la fe comercial". La infracción financiera, por tanto, es la que ataca las "finanzas", es decir, los recursos pecuniarios, el dinero de las víctimas, que pueden ser privadas (es el caso del abuso de bienes sociales) o públicas (ello acontece con las infracciones fiscales).

Las técnicas de financiación empresarial difícilmente se pueden encuadrar en las tradicionales categorías jurídicas de nuestro Código vigente. Esto ocurre, particularmente, con los beneficios obtenidos en la economía ilegal. En efecto, la rapidez con la que fortunas enormes han crecido en manos de personas no dotadas de la capacidad y la infraestructura económica-financiera necesaria para invertir grandes masas de capital en poco tiempo, ha impedido la plena transformación de los beneficios ilegales en bienes de inversión.

Esta clase de beneficios ilegales siguen tres vías: Una parte de ellos, de modestas dimensiones en su conjunto, retorna al circuito ilegal y sirve para mantener y ampliar la escala de las operaciones. Una parte más consistente entra en el sector legal de la economía de los países de origen de los grupos criminales o en la economía de los países de destino de los productos ilícitos. Estos se invierten por lo general, en sectores caracterizados por débiles barreras de acceso de carácter tecnológico, por altas tasas de rendimiento o de elevada concurrencia interna, construcción, agricultura, comercio al por mayor, sector terciario, etc.

Pero la parte más conspicua de la riqueza criminal se mantiene en forma líquida y se exporta más allá de las fronteras nacionales, en que se ha producido. Por razones de seguridad y eficiencia, la administración de estos capitales no puede llevarse directamente por los propios jefes criminales, pues se necesitan conocimientos especializados radicados únicamente en algunos segmentos de la comunidad financiera, en hombres en condiciones de dirigir bancos y sociedades financieras de nivel internacional.

1.8.4 LA DELINCUENCIA PROFESIONAL.

El crimen profesional se caracteriza, como sostiene Maurach³⁸, por la "intención" de procurarse en virtud de la repetida comisión del hecho, unos ingresos, sin necesidad de que la

³⁷ Rodríguez Sastre, A.: *Los delitos financieros*. Madrid. 1984, pág. 15

³⁸ Maurach, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*. Ediciones Ariel. Barcelona 1962, Tomo II, pág. 472.

fuelle de los mismos sea particularmente lucrativa, proporcione al autor ganancias "permanentes", ni le sufrague la parte "principal" de su sustento. La repetición del acto representa un indicio, importante, aunque no absoluto, de la profesionalidad. Por el contrario, la "comercialidad" del actuar precisa la intención de repetir el hecho en la misma forma, y de convertirlo así en parte permanente, o al menos periódica, de su ocupación. El ánimo de lucro no es imprescindible, pero representa un significativo indicio de intención comercial.

Los criminales profesionales son aquellos cuya carrera criminal se sitúa, bajo el doble signo de la inadaptación social y de la organización metódica. En lo que respecta a la inadaptación social del criminal profesional, es refractario al trabajo y vive de actividades penalmente prohibidas. La inadaptación social del delincuente profesional hace que saque de la actividad sus medios de subsistencia. Pero el delincuente profesional está, por otra parte, organizado. Ejerce su actividad delincencial con método, como una verdadera industria. Su criminalidad es sabia y erudita.

El delincuente profesional, es considerado por Antón Oneca³⁹, una especie del delincuente habitual que vive del delito. Constituye el núcleo de la criminalidad peligrosa, porque es el que ha anclado decididamente en la criminalidad. Como obtiene de ella su vida, al menos en parte se trata de una criminalidad económica. En esta categoría la costumbre va unida al lucro y constituye un oficio del que se vive: timadores, carteristas, ladrones de varia graduación social, desde el tomador callejero hasta los ladrones de grandes hoteles, proxenetes, usureros, contrabandistas, etc., constituyen profesionales criminales, parásitos de la sociedad.

Del mismo modo Cuello Calón⁴⁰, sostiene que el delincuente profesional es "un individuo en el que, además de la habitualidad criminal, concurre el hecho de vivir total o parcialmente de los recursos que el delito le proporciona".

Finalmente señalemos la existencia de delincuentes profesionales que ejercen la actividad económica, aparentemente, como un medio para cometer hechos económicos punibles. Así, la provocación profesional de concursos, el saqueo intencional de empresas bajo la presión de la necesidad por parte de los llamados asesores empresariales o por la aparente actividad de exportadores que solo persiguen la obtención de beneficios fiscales, constituyen claras manifestaciones de la delincuencia profesional.

1.8.5 LA DELINCUENCIA EMPRESARIAL.

La delincuencia empresarial se refiere fundamentalmente a los "delitos societarios", que se cometen en la fundación y en la administración de las sociedades por acciones. La regulación de tales delitos constituye un elemento esencial en la lucha contra la criminalidad económica, que se genera, principalmente, en el ámbito de las empresas y sociedades mercantiles, especialmente las anónimas e industriales. Con respecto a la delincuencia empresarial, no se trata solo de identificar tal o cual delito y el "daño social" que se produzca; es necesario,

³⁹ Antón Oneca, José: *Derecho Penal. Tomo I*, Madrid, 1949, pág. 390.

⁴⁰ Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal. Tomo I*. Editorial Bosch, Barcelona, 1975, pág. 606

además entender, la habitualidad de la actividad jurídico-mercantil, habitualidad que por otra parte, es la forma genuina de la acumulación capitalista.

La creación de sociedades de papel o de fachada, la utilización indebida del capital o de los beneficios sociales, la falsificación de los balances, las informaciones falsas para captar inversores, las falsedades de actas, el abuso en la gestión de sociedades anónimas, etc., constituyen los supuestos de hecho característicos de estas figuras jurídico-penales, también denominadas "delitos financieros", que en opinión de Muñoz Conde⁴¹, son subespecialidades de las estafas, las apropiaciones indebidas y las falsedades documentales, cuya incidencia en el ámbito socio-económico no es motivo suficiente para su tratamiento separado. En primer lugar, porque no siempre en los delitos financieros de la pequeña y mediana empresa se ve afectado algo más que un derecho patrimonial. En segundo lugar, porque el Derecho Societario, por muy importante que sea para la vida económica de un país, sigue siendo un derecho privado patrimonial, como lo demuestra su situación en el ámbito mercantil.

La protección de bienes jurídicos que afectan al Derecho Penal económico no puede lograrse, exclusivamente, mediante la imposición de penas, debiendo orientarse hacia esta protección, asimismo, la reforma del Derecho Mercantil, ya que el Derecho Penal, en virtud del principio de intervención mínima no puede sancionar indiscriminadamente todas las infracciones civiles y mercantiles, sino que ha de seleccionar aquellas que sean más graves e intolerables para el orden público económico.

Según Quintero Olivares⁴², incluso puede aceptarse que existe un interés tutelado de naturaleza "pública" que justificaría la intervención punitiva, aunque es necesario matizar que la amenaza penal debe dirigirse sólo hacia aquellos hechos que directa o potencialmente trasciendan el ámbito de los intereses "intrasocietarios", e interrumpan en el equilibrio económico o en la confianza en el sistema.

El volumen de los negocios e intereses socio-económicos y políticos que gestionan las sociedades anónimas es de tal magnitud y complejidad que exigen una mayor presencia del Derecho Penal en el seno de tales empresas, dado el carácter potencialmente criminológico de la actividad mercantil. Por tanto, si la finalidad político-criminal de los delitos societarios es reprimir la violación de los deberes o el abuso de los poderes cometidos por las personas que desempeñan funciones relevantes en la dirección, administración, gestión, representación, etc., de las sociedades mercantiles, la existencia de los delitos financieros tiene un enorme valor, pues, como subraya Rodríguez Mourullo⁴³, "operando en muchos casos como delitos-obstáculo, previenen y evitan la comisión de otros ulteriores delitos no específicamente societarios valiéndose de la estructura y órganos de la sociedad y precisamente por eso su incorporación a nuestro sistema punitivo es necesaria y urgente."

⁴¹ Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal*, Barcelona 1981. pág. 1005.

⁴² Quintero Olivares: *La política...*, op. cit. págs. 238 y s.

⁴³ Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. Madrid, 1984, pág. 684.

1.9 LAS PERSONAS RESPONSABLES.

Varias teorías se han vertido para explicar las causas que originan la existencia de personas responsables de delitos económicos, unas psicológicas, al estilo del psicograma de Mergen, que pretenden demostrar la delincuencia como un fenómeno patológico-individual.

Sintéticamente el psicograma de Mergen⁴⁴ puede exponerse de la siguiente manera:

Materialismo: el delincuente de cuello blanco sólo concede valor a los bienes materiales apreciando los valores ideales, intelectuales o morales únicamente por su precio y como medio para mejor enriquecerse. El síntoma capital de este sujeto es la avidez en la búsqueda incontrolable de provecho material. Se trata de un verdadero comportamiento maniático. Igual que el toxicómano necesita aumentar sin cesar la dosis de la droga, el maniático del lucro necesita afrontar empresas cada vez más difíciles. Su tensión patológica se libera con la ganancia, siendo su psicología en este sentido, similar a la de un jugador.

Egocentrismo y narcisismo: su personalidad no pasa el estadio primario del egocentrismo, sin desarrollo de su afectividad y sin apertura a la vida racional. La fijación en la actitud afectivo-emocional egocéntrica les imposibilita el contacto sufriendo de fría soledad que compensan mostrándose generosos, pródigos, mecenas de las ciencias y las artes y caritativos. Su narcisismo le hace sentirse medida y criterio de los demás, soberano e insensible a las críticas, traducido en su ropa o en los símbolos modernos de la situación social; el automóvil, el chalé, las joyas, etc.

Dinamismo y audacia: están presos en un extremo dinamismo propio de su carácter primario y de su optimismo egocéntrico que les impide calibrar los riesgos. Esta vitalidad les concede facilidad de persuasión.

Inteligencia: son refinados, quizás también inteligentes, pero muy raramente cultos. Su inteligencia va dirigida al éxito inmediato. Tiene más facultades para la combinación que para la abstracción. No es violento pero usa su inteligencia en contra de lo que sea preciso sin inhibición alguna.

Peligrosidad: pese a que el observador superficial ve en ellos honorables ciudadanos favorecidos por el destino, lo cierto es que la combinación de una fuerte potencialidad criminal y una gran capacidad de adaptación social le hacen uno de los criminales más peligrosos. Su peligrosidad se acentúa al ignorar todo límite ético.

Hipocresía: su frialdad e inmoralidad contrasta con su papel social de mecenas y hombre alentador de grandes causas.

Las tesis de Mergen en su conjunto parece que no corresponden a la realidad, hoy la descripción del delincuente económico como ser enfermo no encuentra consenso alguno, más bien se entiende que carece de personalidad anormal o patológica. Esto no impide, que parte

⁴⁴ Citado por Bajo Fernández, Miguel: *Derecho Penal Económico*. Madrid. 1989, pág.53 y s.

de la descripción de Mergen coincide con factores personales comúnmente admitidos, como veremos más adelante.

Las explicaciones de la criminología tradicional pretenden ver una división de ciudadanos, en buenos y malos, según cumplan o no la ley penal.

Considero conveniente apartarse de las posiciones monistas de la delincuencia y no olvidar que su estudio ha de comenzar conociendo al agente, pero no aisladamente, sino al agente en sus interdependencias sociales, desde luego, ha de tenerse presente las características de la personalidad del autor, que juegan un papel importante en este fenómeno delictivo. Hoy se rechaza cualquier teoría que pretenda encontrar exclusivamente en las características personales la explicación del delito, pero se admiten que juegan un papel determinado, como lo prueba que entre empresarios de una misma rama económica y en las mismas circunstancias unos delinquen y otros no.

Bajo Fernández⁴⁵ sostiene que, la doctrina conviene en la concurrencia de los siguientes factores personales:

1) La característica esencial de esta delincuencia es su pertenencia a las altas capas sociales, condición que no solo constituye el elemento definidor de la delincuencia económica, sino que, desde otra perspectiva, es además un importante factor criminógeno. En efecto, el autor goza por su posición social de una imagen determinada que provoca una estima social, contrariamente a lo que ocurre con el delincuente común, llegando incluso a considerársele socialmente adaptado, frente al delincuente profesional. Esta imagen de honorabilidad e integridad, que cuidan muchos de crear y mantener, les facilita la relación con grupos de poder e influencia que utilizará para la satisfacción de intereses personales.

2) La inteligencia y astucia que se atribuye a este delincuente se prueba en la facilidad que tienen para no ser descubiertos presentando el hecho como consecuencia del azar o atribuyéndolo a terceros, siendo ilustrativo a este respecto, cita como ejemplo el autor citado, que entre las personas encarceladas en Estados Unidos de Norteamérica después de la guerra por actividades monopolísticas, ninguna pertenecía a la alta sociedad.

3) Se conviene en la especial peligrosidad del autor que se deriva no solo de la enorme lesividad social del delincuente económico, sino también de características personales. Aún sabiendo que el hecho es punible no dudan en cometerlo si creen posible eludir la prisión, lo que demuestra una inclinación natural al delito. El hecho de que el delincuente económico no ostente condenas anteriores cuando se le procesa, no es por falta de anterior comisión de hechos similares, sino por deficiencia en la persecución penal, ya que se ha comprobado, dice el autor citado, que la mitad de los autores han delinquido con anterioridad, aunque no hubieren sido condenados. Por otro lado esta tendencia a delinquir no se ve influida por los efectos resocializadores, intimidantes o traumatizantes de la prisión, dada la insignificancia de la reacción social al recobrar la libertad.

4) Aunque están al corriente de la ilegalidad de sus actos, no los consideran actos criminales.

⁴⁵ Bajo Fernández, Miguel: *Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial*, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1989, pag. 39.

Las razones son variadas:

- a) Porque creen que su alta posición social les otorga un derecho a violar la Ley, sobre todo cuando entienden perseguir un fin de interés social (aumentar las exportaciones, por ejemplo);
 - b) Porque consideran la Ley injusta o irracional;
 - c) Porque el hecho ilícito se comete con cierta habitualidad en el grupo a que pertenece (por ejemplo, el fraude fiscal); y,
 - d) Porque tienen una imagen estereotipada del "criminal" que asocian a las clases inferiores y con la que no cuadra su propia imagen.
- 5) Por último, no puede olvidarse que importante factor individual de esta delincuencia la propia situación económica del autor. La delincuencia económica no es posible sin poseer medios suficientes, cuya ausencia sólo permitiría la comisión de pequeños delitos contra la propiedad. Esta apreciación no impide que, dentro de este contexto económico de suficiencia de medios, ciertos delitos se producen cuando el delincuente sufre unas condiciones económicas apuradas como ocurre con quiebras, fraudes con letras o cheques que se explican por falta de liquidez consecuencia de la fuerte competencia o deudores morosos. Pero aún en estos casos se trata de sujetos poseedores de bienes.

En cuanto a los factores sociales hay que tener presente las características propias del sistema económico capitalista, que son decisivos a la hora de explicar este fenómeno delictivo, se trata del legítimo deseo de enriquecimiento. El cambio de una economía individual de simple producción de mercancías al gran acontecer de la economía moderna con sus procesos industriales de producción, sus relaciones comerciales anónimas, las nuevas formas de pago, y el intervencionismo estatal, son todos factores indudables de las nuevas formas de delincuencia.

Otro cambio profundo se produjo en el prestigio como signo de diferenciación social que de ser la cultura, la alcurnia o el estamento de pertenencia ha pasado a ser exclusivamente el éxito económico. El principio del éxito somete al individuo a la necesidad del dinero y del consumo, convirtiéndose en motor de la vida de muchos.

1.10 LAS SANCIONES APLICABLES.

El papel del Derecho Penal en la lucha contra la delincuencia económica esta condicionada por el principio de igualdad ante la Ley penal. En efecto, es necesario que el Derecho penal deje de ser un instrumento más de opresión de una clase para convertirse en un auténtico medio de libertad y progreso social permitiendo un orden mínimo de convivencia. Para ello debe, como primer paso, crear los mecanismos suficientes eficaces para perseguir y castigar adecuadamente la delincuencia de las clases dirigentes de la comunidad.

Los problemas más apremiantes que el Derecho penal plantea en esta materia giran en torno al bien jurídico y a la teoría de la pena.

En cuanto al primer punto, se plantea la cuestión de la necesidad de un adelantamiento en la protección de los bienes jurídicos. En efecto, muchas de las tipificaciones de *lege data*, o de las que debieran crearse de *lege referenda*, no son más que formas de peligro abstracto de bienes cuya lesión se castiga a través de otras figuras delictivas. En este sentido, en el Derecho penal económico no se espera que el acreedor o el consumidor resulte lesionado en su derecho de crédito o en su patrimonio para castigar la falsedad contable o de balances o la competencia ilícita.

En cuanto al segundo aspecto, el relativo a la teoría de la pena, la cuestión adquiere mayor nivel de discusión, porque la delincuencia económica puede aportar un importante aumento en la eterna disputa entre preventivos y retributivos.

En términos generales podemos decir que las **teorías absolutas o retributivas**, son aquellas que hallan el fundamento y fin de la pena en su propia naturaleza. La pena realiza un ideal de justicia: es justa en sí misma, porque es la consecuencia necesaria y absoluta del delito, con prescindencia de cualquier utilidad que de ella pudiera derivarse. Se castiga pura y simplemente porque se ha cometido un delito.

Se denominan también retributivas, ya que sostienen que el delito es un mal, que debe ser retribuido necesariamente con otro mal, que es la pena, que deberá ser proporcional al mal causado y su función jurídico, moral y social es restablecer el orden perturbado por el delito. Dentro de las teorías retributivas existen varias clases, según la orientación que se adopte, a las que solo enumeraremos, las más importantes, por no ser materia de este trabajo: Retribución divina, Retribución expiatoria, Retribución moral, Retribución jurídica.

En un segundo grupo tenemos las **teorías relativas o utilitarias**, que se oponen radicalmente a la opinión retributiva, ya que para estos la pena no es más que un simple acto de venganza. En contraposición señalan, que la pena debe tener una utilidad, debe ser un medio empleado por el Estado, junto a otros de diversa naturaleza, en la lucha contra el delito. Se castiga para que no se cometan delitos. El delito es el presupuesto de la pena, pero no su fundamento.

Se denominan relativas, por cuanto al carecer la pena de un fundamento absoluto, puede variar la severidad o benignidad, según juzgue el legislador más acertado, tomando en cuenta la situación de la sociedad y el comportamiento de sus integrantes. Las teorías relativas se exponen según la finalidad que se quiera hacer prevalecer, así existen, entre otras, las siguientes: Prevención General, Prevención Especial, Correccionalismo, rehabilitadora o resocializadora y Defensa Social.

Finalmente existen, **teorías o posiciones mixtas**, que señalan que en la práctica ha resultado imposible diseñar un sistema penal que tenga, como fundamento y fin de la pena, una sola teoría. El fundamento de la pena es mixto y descansa simultáneamente en varias finalidades, las cuales no son necesariamente excluyentes unas de otras. Se sanciona porque se ha cometido delitos y para que no se los cometa. Hay en la pena una base de justicia, pero también existe una finalidad utilitaria.

Nuestro Derecho positivo parece que aún no ha definido una posición al respecto y parece, que existiría incoherencia en sus normas, ya que la letra c) del numeral 17 del Art. 19 de la

Constitución, sostiene que: "El régimen penal tendrá por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación social de los penados." El Código Penal, por su parte, en su Art. 1 señala que: "Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena." Por su parte, el Art. 12 del Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social, afirma que: "El objetivo que persigue el Sistema Penitenciario es la rehabilitación integral de los internos proyectadas hacia su reincorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia.

Yo soy del criterio que nuestro ordenamiento penal tiene una posición mixta dentro de las teorías expuestas, se nutre de los elementos que contiene cada una de ellas, de modo que en parte es retributiva y parte es preventiva o utilitaria.

Para Bajo Fernández⁴⁶, las sanciones criminales previstas para los delitos económicos suelen ser más leves y menos estigmatizantes que las previstas para otros delitos, sin proporción alguna a la gravedad de los enormes efectos lesivos del hecho criminal, habiéndose constatado que las penas privativas de libertad, destaca el autor, son bastante más escasas que las de multa u otras de similar carácter y benignidad.

Como dejamos indicado, la delincuencia se distribuye por igual en todas las clases sociales. En la medida en que los componentes de las clases superiores no son susceptibles de rehabilitación, readaptación social y reeducación, resulta que en el caso, poco común hasta ahora, de quedar sometidos al peso de la Ley penal, no se podría cumplir el fin esencial de la pena, con lo que la lógica de toda esta concepción conduce a excluir de tal castigo al delincuente económico. De este modo queda confirmado que el Derecho penal no es más que otro instrumento de control social en manos de las clases económicas superiores.

En cuanto a la pena idónea para una lucha eficaz contra esta clase de delincuentes los criterios generales consisten, de un lado, en respetar las exigencias de proporcionalidad a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, y del otro, que las sanciones sean de tal naturaleza o gravedad que hagan desistir al autor potencial de lograr sus objetivos mediante la comisión del delito, sin que, por supuesto, la imposición de tal pena implique lesión de aquello que constituye el objeto de protección de estos delitos, el orden económico.

En lo referente a la naturaleza de las penas se admiten como idóneas las tradicionales de privación de libertad y multa. Ahora bien, se considera necesario que conjuntamente se estudie la aplicación de sanciones tales como la prohibición de ejercer la profesión, la disolución de sociedades, la publicidad de la infracción, cierre de establecimiento, revocación de autorización, pérdida de licencia y patente o concesión, exclusión de subvenciones, etc., reconociéndose que el papel de prevención general de estas sanciones es de especial eficacia.

Estos grupos de sanciones han merecido alguna crítica. Así se ha advertido respecto de las últimas que su utilidad preventiva es escasa, ya que son muchas las actividades económicas que no requieren autorización, por lo que necesitarían previamente de un aumento de la exigencia de las autorizaciones administrativas.

⁴⁶ Bajo Fernández: *Derecho...*, op. cit. pág. 79

También la pena de multa ha sido criticada por la posibilidad que otorga de capitalizar la infracción o de hacer cargar el importe sobre el rubro de costos o el precio de venta.

La pena de prisión también ha sufrido críticas, una en el sentido de su innecesariedad, ya que el delincuente que tratamos no tiene necesidad de ser reeducado o resocializado. Otra en cuanto que, dada la posición social del autor, es inútil pretender conseguir el castigo, fácilmente eludible para él tanto en el momento de creación legislativa como en el momento de aplicación judicial. Contra la primera objeción ya advertimos que la pena no se concibe como medida reeducadora, aunque se aproveche su cumplimiento para ayudar a quien esté necesitado. Y en cuanto a la segunda observación, solo queda recordar que los esfuerzos realizados han tenido fruto aunque fuera escaso.

Sin negar la eficacia de las otras sanciones, a mi juicio, es la pena privativa de libertad la más adecuada para el castigo de los delitos económicos como respuesta a las exigencias de proporcionalidad (con la gravedad del hecho y la culpabilidad) y a la necesidad de una prevención general. Por otra parte, las penas cortas privativas de libertad son aquí de especial interés porque las dificultades que se le atribuyen para la función de resocialización carecen aquí de sentido, ya que el delincuente de las capas altas y medias de la sociedad no está normalmente necesitado de ello.

1.11 EL PROCEDIMIENTO DEL JUZGAMIENTO.

La delincuencia económica está desprovista de un control social y jurídico mínimamente satisfactorio, prueba de ello es la elevada cifra negra de esta delincuencia que se ha considerado mayor que la relativa al aborto. Una lucha eficaz contra este fenómeno delictivo se encuentra llena de dificultades que se generan por las características específicas del hecho, de la especial actitud que mantiene la sociedad frente al delincuente y frente al delito, y de las dificultades para un tratamiento jurídico y una persecución judicial mínimamente eficaces.

Una de las notas de mayor trascendencia del delito económico es su *apariencia externa de licitud*. Resulta difícil determinar en muchos casos si una operación mercantil específica es un acto normal propio de un empresario audaz o una estafa.

Consecuencia de ello es, por un lado, la *ausencia de efectividad* del delito (crime appeal), a diferencia de figuras clásicas como el asesinato, la violación o el robo. Esta neutralidad con que el hecho se presenta frente al sentimiento público se deriva también de su circunstancialidad y abstracción. El delito económico, al contrario que el asesinato, que es siempre un crimen atroz, oscila entre ser un hecho lícito e incluso socialmente beneficioso y meritorio a ser un grave delito según las circunstancias. Tal es el caso del acaparamiento o especulación de productos o mercancías, según se haga en tiempos de abundancia o escasez, de paz o de guerra. De otro lado, la ausencia de afectividad se explica también fácilmente si comparamos la ausencia de un asiento contable con un homicidio.

De otro lado, una segunda consecuencia de la apariencia de licitud del hecho, es la vigencia de lo que se denomina *moral de frontera*. La elevada cifra negra, la facilidad para ocultar el hecho, su honorable apariencia, etc., debilitan el sentimiento de confianza en el Derecho al

advertir que es la casualidad la que distingue entre lo justo y lo injusto. De este modo nadie acepta el reproche jurídico-penal por un hecho levemente más grave que otro considerado lícito. Así se modifican los límites de la moral. El concepto moral de frontera nace precisamente para advertir que en el mundo económico rige el mínimo tolerable del comportamiento ético.

El reproche social va en aumento en la medida en que la lesión deja de afectar intereses públicos para lesionar intereses privados, sobre todo, a miembros del mundo económico y financiero. En efecto, el juicio que merece una quiebra fraudulenta es especialmente severo porque afecta a los acreedores comerciantes, mientras que si se trata de un simple fraude a la clientela el reproche es menos grave, produciéndose en delitos como los fiscales, auténticas exculpaciones desde el punto de vista de la valoración social.

La benevolencia con que la opinión pública juzga estos hechos se refleja también en la escasa denuncia que se produce, si bien la explicación de este fenómeno es compleja, los posibles factores podrían ser:

- 1) En unos casos es la situación síquica de timidez o de miedo de la víctima, bien por la posición social que ocupa el autor, sobre todo si existe una dependencia (económica, profesional, comercial) que pudiera perjudicar al denunciante, bien porque tiene miedo a que la persecución penal se vuelva contra él, ya que no se sabe exactamente quien es la víctima y quien el delincuente o porque se cree cómplice al haber obtenido un provecho, bien porque temen que la denuncia provoque el hundimiento definitivo de su deudor, de quien todavía espera recuperar parte del crédito, o por último, porque temen la vergüenza de pasar por víctimas de un determinado fraude.
- 2) En otros casos es la ignorancia la que explica la ausencia de denuncia. A veces, el hecho es de tal complejidad que sólo un especialista podría percatarse de su carácter fraudulento. Tal es el caso de presentación a los accionistas de un balance manipulado. Hay ignorancia también cuando no se da importancia al hecho por considerarlo de escasa gravedad, olvidando la extensión y número de las personas afectadas.
- 3) Por último, influye también el interés comercial en conservar un prestigio o una imagen que se puede romper si se exterioriza una persecución impopular a través de los tribunales, y el hecho de que en muchos delitos (delito fiscal, delitos monetarios) es la Administración Pública la afectada.

De lo visto se desprende que la sociedad de algún modo ha colocado la etiqueta de intangible a las infracciones económicas. Solo queda advertir que esa actitud es, a veces, fruto de abierta manipulación. Tal es el caso cuando se invoca el peligro de ruptura del sistema socio-económico vigente con una represión severa de esta delincuencia, o en supuestos más concretos, cuando se llama la atención sobre la ruina que amenaza a la empresa y la pérdida de puestos de trabajo de mostrarse un tribunal riguroso con un determinado empresario.

Desde un punto de vista técnico surge ya la dificultad de traducir al lenguaje del tipo penal los criterios y conceptos pertenecientes al ámbito de la economía en donde, por otra parte, influyen especialmente los rápidos avances tecnológicos. Los ataques al orden económico pueden presentarse desde frentes muy distintos, sobre todo, en sistemas económicos como el nuestro

en el que se busca mantener un equilibrio entre modernas formas de intervencionismo estatal en la economía con la libertad de mercado. De otro lado, la heterogeneidad del tema dificulta también una política legislativa eficaz y exhaustiva. En efecto, la propia variedad de las infracciones obliga a la creación de leyes especiales de escasa conexión, ya que poco en común tienen los delitos monetarios consistentes en la sustracción de las transacciones con el exterior al control administrativo, con el descubrimiento de secretos industriales o el cheque en descubierto.

Más importancia tiene el problema procesal de la *prueba*. Es interesante a este respecto que mientras en cualquier delito tradicional (salvo quizá un envenenamiento) la comisión del hecho es constatable por los sentidos desde el primer momento, en los delitos económicos, que suelen aparecer bajo la forma de actos comerciales lícitos, esto no es así. En efecto, hay hechos (robo, homicidio) cuya comisión indica ya su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, es decir, hay hechos que producen por sí mismos indicios racionales de criminalidad. Esto no suele ocurrir con los delitos económicos, lo cual dificulta especialmente su persecución.

Es necesario advertir la necesidad de un personal auxiliar del juez, especializado, capaz de examinar la contabilidad, analizar balances, comprender la gestión empresarial, la informática, el funcionamiento de la bolsa, del comercio exterior, etc., y numeroso para la obtención y clasificación de la información. El juez sin este asesoramiento no puede seguir la marcha de los interrogatorios sobre temas de alta especialización, ni entender pruebas insignificantes que solo peritos calificados pueden revelar como decisivas. Sin olvidar que el ilícito económico esta fuertemente financiado, siéndole fácil conseguir toda clase de ayuda, y que el delincuente es riguroso en su propia defensa movilizándolo todo su poder, prestigio e influencia.

Las dificultades de persecución se producen también a nivel internacional. Como ya indicamos, los delitos más graves se producen a nivel internacional, en varios países a la vez, apareciendo auténticas organizaciones cuyo poder no es abatible con el control nacional. A este nivel el Derecho penal sustantivo tiene dificultades de unificación, sobre todo en materia de responsabilidad criminal de personas jurídicas, características procesales y clases y cuantía de las sanciones. El Derecho procesal, a su vez, se encuentra con el obstáculo de la facilidad del delincuente para cruzar fronteras muchas veces utilizando vías diplomáticas, y la negativa a la extradición por diferentes motivos. La dificultad procesal última se encuentra en el secreto bancario suizo.

Como parte final de este capítulo, estimo pertinente hacer referencia a un artículo de prensa publicado en el periódico económico "El Financiero", de 13 de diciembre de 1993, respecto a como el gansterismo afecta a Rusia y las consecuencias que genera en las actividades económicas.

En 1993 los gánsters han baleado a 10 banqueros que se han resistido a pagar extorsiones, hacer préstamos casi gratis y a transferir divisas al exterior. La policía moscovita estima que la mafia controla alrededor de 40 de los 260 bancos que existen en Moscú, más del 15%.

Los nuevos soberanos rusos -los gánsters- están extendiéndose a campos tan vastos como el petróleo, madera, diamantes y minerales, filtrándose en cada faceta del proceso de privatización de la economía.

Sus más grandes y fáciles ganancias las obtiene del sistema bancario, el lavado de dinero, la falsificación de la moneda y un sinnúmero de fraudes financieros, están diseminados dentro de los mal regulados, descapitalizados y tecnológicamente retrasados bancos rusos.

El tráfico de drogas, el juego, la prostitución, la venta de armas y los robos de carros son totalmente descarados, el 80% de los carros extranjeros que atraviesan las carreteras rusas son robados.

El artículo de referencia señala que, por lo menos se han transferido US\$ 25.000 millones desde Rusia hasta bancos occidentales, principalmente a través de estructuras inter-regionales de crimen organizado. Como consecuencia de ello, las agencias multilaterales no saben si comprometer miles de millones de dólares en un ambiente como este, porque cuando se suman todos estos delitos, la inflación se dispara, los rublos fugan del país, y lo que es peor, desestimula la inversión que la nación tanto necesita para su reactivación. Esta situación, como vemos, pone en grave peligro la reforma económica.

Se afirma que el gangsterismo actúa en complicidad con oficiales gubernamentales, desde policías, oficiales de bajo rango (como los agentes aduaneros), hasta jueces, miembros del Parlamento y cabezas de ministerios. Se menciona que, resulta también que en muchos casos es difícil saber quien es el iniciador de la actividad criminal: el mafioso o el oficial de gobierno. El más alto oficial acusado de corrupción es el destituido vicepresidente Alexander Rustkoi, a quien se le acusa de abusar de su posición para crear una cuenta de US\$ 20 millones en un banco Suizo. La criminalización de la economía es tan grande que los nuevos empresarios encuentran que es virtualmente imposible el operar en Rusia sin romper las leyes o sin tener contactos con la mafia.

Otro gran problema es la falsificación de rublos y su posterior cambio en dólares, se estima que cerca de 300 millones de rublos -como US\$ 300 millones- han sido falsificados. La desesperada necesidad de dólares también ha convertido al país en el centro de lavado de dinero sucio proveniente de todas partes del mundo, extendiendo los lazos del crimen organizado ruso a los EE.UU., Alemania, Austria, Polonia, Hungría e Israel.

El dumping que provocan las exportaciones ilegales de Rusia, desde el aluminio hasta diamantes, ha bajado considerablemente los precios del resto del mundo. Debido a esto la Unión Europea reaccionó bajando sus importaciones de aluminio ruso. El gobierno ruso, al que le interesa su participación el GATT, fue forzado a revocar medidas como la liberalización en licencias de exportaciones.

El proceso de privatización en Rusia, parece ser, el potencial más grande de futuras colusiones entre el gobierno y la mafia, a criterio de la policía una de las primeras áreas donde la mafia se esta infiltrando es en bienes y raíces. Los funcionarios de gobierno han estado vendiendo propiedades a precios irrisorios o compañías asociadas o de propiedad del crimen organizado. Un ejemplo de esto es que personas que viven en propiedades deseables son echadas de sus residencias con varias tácticas, para luego venderlas a rusos adinerados o a compañías occidentales.

El fondo de todo esto es la economía, el problema del crimen organizado continuará siendo grande hasta que las diferencias en los estándares de vida no sean tan profundos como lo son

ahora, mientras los precios han subido enormemente en Rusia para ponerse a niveles de los precios en el resto del mundo, el promedio del salario per capita se ha mantenido en sólo US\$ 19 al mes. Los salarios gubernamentales son terriblemente inadecuados y se mantendrán así hasta que el gobierno pueda recaudar impuestos. Los rusos pertenecientes a la clase media tienen ingresos de sólo US\$ 400 mensuales, mientras que unos pocos "nuevos ricos", incluyendo a antiguos miembros del partido comunista, tienen activos en millones de dólares, es por eso que después de décadas de privaciones y pobreza los rusos están codiciosos e impacientes.

En este país se está librando una sangrienta batalla con el fin de obtener los beneficios y favores que la senda del capitalismo otorga. Los asesinatos se han mantenido en un índice promedio del 40% en los dos años anteriores, lo que significa un porcentaje de asesinatos a nivel nacional que duplica al de los EE.UU. La policía moscovita estima que bandas mafiosas han matado entre 100 y 150 personas en lo que va de 1993, muchas de ellas banqueros o personas de negocios. El sistema bancario ha tomado el rol principal en el drama de esta economía retorcida, porque allí están los dólares, que en un alto porcentaje provienen de actividades ilícitas, se estima que alrededor del 40%. Cualquier actividad criminal es por la ambición de ganar divisas extranjeras, es decir dinero estable para así continuar con sus actos delictivos en el exterior, concluye el artículo de prensa al que hemos hecho referencia⁴⁷.

Como vemos la problemática delincriminal detallada, ha puesto en grave peligro las actividades económicas rusas y sus objetivos inmediatos, que no solo afectan al interior de ese país, sino en sus relaciones económicas internacionales, de hecho la Unión Europea y el GATT han puesto en entredicho las exportaciones de aluminio y otros productos, debido al dumping impuesto desde la mafia. La inversión extranjera, el proceso de privatización son aspectos de la economía rusa que deberá esperar hasta cuando el nivel criminal disminuya o no tenga tanta trascendencia.

El Derecho Penal Económico, es la rama del Derecho, que debe, en armonía con otras disciplinas, establecer los instrumentos necesarios para la represión de este tipo de conductas, que como apreciamos del artículo referido, han afectado a la sociedad Rusa en su conjunto.

De igual manera, en el caso del Ecuador, el costo que ha tenido para la sociedad entera, la corrupción y la evasión tributaria, es impresionante, si nos atenemos a los datos contenidos en un estudio del Centro Andino de Acción Popular, CAAP, que la prensa del país se hizo eco y sobre el cual recogemos el comentario expuesto por la señora Consuelo Albornoz Tinajero, editorialista del Diario Hoy:

"... El dinero que se filtró en los diferentes estamentos burocráticos, por concepto de comisiones y coimas equivalió en 1993 al 6,3 por ciento del presupuesto estatal de ese año, y al 1,1 por ciento del producto interno bruto, PIB. En cifras redondas: 291.336,8 millones de sucres, es decir al rededor de 155 millones de dólares, que representan el total de exportaciones ecuatorianas de cacao, café y flores naturales de 1993.

Una bárbara suma, ¿verdad?; ella, sumada a los montos que el Estado perdió por evasión

⁴⁷ El Financiero: *Gansterismo afecta a Rusia más que el comunismo*, pág. 11 y 12. Periódico Quincenal Económico, 13 de XII de 1993 al 10 de I de 1994. Guayaquil-Ecuador.

tributaria, eleva las cifras de la corrupción a un equivalente al 9,5 por ciento del PIB. ¡Cuánto dinero robado y malversado por unos pocos ecuatorianos en desmedro de millones de compatriotas!

Pese a la magnitud de estos crímenes, hasta diciembre de 1993 existían solo 42 presos por delitos contra la administración pública y 38 por peculado. ¡La impunidad es la norma!

¿Cómo combatir estas delincuencias que responden a sistemas estructurales de corrupción pública y privada a deficiencias crónicas en la creación de plazas de empleos y en cuanto a remuneraciones?"⁴⁸

Estas cuestiones que formula la editorialista citada, deberán ser analizadas a la luz de los postulados del Derecho Penal Económico, cuyas premisas generales o iniciales hemos expuesto en la primera parte de este trabajo.

⁴⁸ HOY, *Las delincuencias en alza*, 7 de abril de 1994, p.A.4.

CAPÍTULO II

VISIÓN GENERAL DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.

2.1. INTRODUCCIÓN.

En las dos últimas décadas, uno de los grandes cambios que ha enfrentado el mundo fue la liberalización de los sistemas financieros, a través de los procedimientos que se encuentran en boga, como la desregulación, la libre competencia de los agentes que participan en el mercado y el avance tecnológico. Esto ha permitido que la actividad financiera amplíe su gama de posibilidades, al igual que modifique su exposición al riesgo, lo que obliga a cambiar la orientación y funciones del organismo de supervisión del sector financiero, para hacerlo eficiente, técnico, congruente o que este acorde con la evolución de la intermediación financiera y del desarrollo tecnológico.

Como requisito indispensable para la inserción en el nuevo ordenamiento económico mundial, la gran mayoría de los países de la región han emprendido la instrumentación de políticas de liberalización tendientes a lograr una mayor profundización financiera y el fortalecimiento de los sistemas de supervisión y control.

En nuestro país, una herramienta para las estrategias de desarrollo, para cubrir los desequilibrios macroeconómicos y las distorsiones del mercado, ha sido el manejo del sistema financiero. Estas intervenciones estatales, junto con la existencia de un marco regulatorio excesivo, obsoleto y sistemas de supervisión deficientes, dieron como resultado la conformación de un sector segmentado o dividido, que ha concentrado la movilización y asignación de recursos a corto plazo, poco innovador para adecuarse a las necesidades del mercado, e incapaz de hacer frente a los cambios que la actividad financiera y económica exige en forma permanente, lo que dio como resultado un impacto sobre la confianza y estabilidad del sistema.

Por estas circunstancias, fue impostergable iniciar una reforma financiera de amplio alcance, con el fin de constituir un marco jurídico e institucional propicio para consolidar el proceso de modernización, desregulación del sistema financiero y fortalecimiento del organismo de control, que se dio con la emisión de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que sustituye a la Ley General de Bancos de 1927 y al conjunto de otras disposiciones dispersas, y en ciertos casos, contradictoria.

2.2 FILOSOFÍA DE LA LEY .

La Ley está en relación con el nuevo orden económico del mundo, al cual el país busca insertarse, cumple con las directrices y estándares mínimos sobre la supervisión bancaria y regulación financiera internacional establecidos por el Comité sobre Reglamentos y Prácticas de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Internacionales, mejor conocido como el Comité de Basilea ; guarda concordancia con las normas financieras de los países de la Región; y, contiene principios generales para adaptarse de manera flexible a las situaciones cambiantes que experimenta el mercado financiero.

Su concepción es preservar la absoluta igualdad de los participantes en el mercado financiero, asegurar la homogeneidad de condiciones y oportunidades y consagrar la libertad de entrada, salida y gestión de los agentes institucionales que forman parte del sistema financiero.

Su instrumentación permitirá concretar un proceso normativo en el área financiera; conformar un sector altamente competitivo y transparente; formar la autodeterminación gerencial para lograr mayor agilidad y dinamismo en la generación de productos y servicios integrales; y, desarrollar un sistema financiero con una fuerte capacidad inductiva a los procesos de apertura e integración económica.

La Ley contiene un cuerpo de disposiciones destinadas al control y supervisión de todas las entidades que realizan labores de intermediación financiera; guarda conformidad con las tendencias de globalización de servicios financieros y prevé el establecimiento de instituciones múltiples con opción a la especialización y la organización de grupos financieros, a través de la constitución de subsidiarias en el país o en el extranjero.

La Ley está basada en normas de solvencia y prudencia financiera a través de exigentes requisitos de capitalización, permanente sistema de calificación de la calidad de activos y límites para vigilar la exposición a otros riesgos de mercado. Contempla además, acciones de supervisión y auditorías en base consolidada y establece una fiscalización preventiva que cuenta con reglas claras y sistemáticas acciones correctivas. De manera complementaria, presenta mecanismos de autocontrol del mercado y supervisión compartida, sustentados en una absoluta transparencia de la información de las instituciones financieras. La orientación de solvencia y orientación financiera y de los principios de autocontrol y supervisión, tienen como propósito que el sector financiero mejore la calidad de su gestión gerencial, modere su disposición a asumir riesgos excesivos y procure resolver oportunamente sus problemas para salvaguardar el interés público y preservar la confianza y estabilidad del sistema financiero.

Finalmente vale indicar, que es un principio fundamental de la Ley redefinir el concepto de sigilo bancario, haciéndolo aplicable exclusivamente a la privacidad a la que tienen derecho los depositantes, mas no a las actividades crediticias, las que quedan bajo reserva y pueden ser analizadas por los organismos de supervisión, por los auditores externos y por las firmas calificadoras de riesgo. Sin perjuicio de las potestades que tienen los órganos judiciales y el ministerio público para realizar las pesquisas que estimen necesarios en el cumplimiento de la potestad que le ley les ha conferido.

2.3 OBJETIVOS DE LA LEY.

2.3.1 PROFUNDIZAR EL MERCADO FINANCIERO.

La Ley General de Instituciones Financieras tiene como objetivo transformar la estructura del sistema financiero ecuatoriano, configurando una banca o sociedad financiera múltiple y grupos financieros, a través de los cuales se logra la globalización de las operaciones y servicios financieros a nivel nacional e internacional, aprovechando las economías de escala y las ventajas comparativas de cada entidad, lo que permitirá una mayor movilización y una asignación de recursos al sector real de la economía a un menor costo de intermediación.

En este contexto la Ley otorga una amplia capacidad de decisión para ofrecer diversos productos o servicios y para emprender en nuevas actividades compatibles con el desarrollo tecnológico y la innovación de los mercados financieros.

La Ley ofrece también la libertad de fusión, conversión, escisión y especialización de entidades financieras, debiendo para ello cumplir los requisitos de ingreso y funcionamiento previstos.

3.2.2 CREAR UN CUERPO INTEGRAL, SISTEMÁTICO Y HOMOGÉNEO PARA GUIAR EL MERCADO FINANCIERO

La Ley regula todas las actividades financieras que sean realizadas por el sector financiero público y privado, de carácter nacional o extranjero, organizadas en bancos, sociedades financieras, grupos financieros e instituciones de servicios financieros, aplicando normas de solvencia y prudencia financiera tendientes a proteger el interés colectivo y a salvaguardar la integridad y estabilidad del sistema.

De igual manera, busca reunir en un sólo cuerpo legal las diversas normas y disposiciones aplicables a la actividad financiera que se encuentran dispersas, con el propósito de asegurar técnica y jurídicamente su aplicación sistemática.

2.3.3 ESTABLECER MECANISMOS Y NORMAS DE SOLVENCIA Y PRUDENCIA FINANCIERA PARA MANTENER LA SOLVENCIA Y ESTABILIDAD DEL SISTEMA FINANCIERO.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, si bien está claramente orientada a promocionar un sistema financiero amparado en un contexto de libertad de mercado y de amplia competencia, como contrapartida exige comportamientos muy estrictos a los banqueros y administradores, en el cumplimiento permanente de todas las normas de solvencia y prudencia financiera establecidas en base a estándares internacionales de supervisión (Comité de Basilea), a fin de que el mercado financiero se desenvuelva en un marco profesional y técnico y adquiera niveles de solidez y solvencia que garanticen la estabilidad de la economía en su conjunto.

Para estos fines se introduce la figura de patrimonio técnico, que es un concepto dinámico de solvencia, según el cual, el respaldo patrimonial con el que debe contar cada entidad del sistema financiero, debe ser proporcional al riesgo de sus activos. Además se han establecido normas preventivas, que propician una calificación permanente de la calidad de activos, políticas racionales de provisiones que cubran anticipadamente las pérdidas estimadas y disposiciones que regulan la concentración y vinculación para diversificar los riesgos del portafolio.

De manera complementaria, establece un marco regulatorio claro y preciso respecto al contenido y difusión de la información; se determina el rol de las auditorías externas y el alcance de sus informes, los cuales deben ser integrales y consolidados; se fijan de manera concisa sistemas de diagnóstico y alerta temprana que faciliten resolver potenciales dificultades; y se define una secuencia de acciones dinámicas para proceder a la rehabilitación o liquidación de entidades con problemas.

Para completar este ciclo adicionalmente prevé la creación de una central de riesgos que permitirá la generación de un flujo de información entre el Organismo Supervisor y los entes controlados, sobre la calificación de los sujetos de crédito y sus niveles de endeudamientos, con el propósito de reducir los riesgos del sector financiero.

2.3.4 PROMOVER INTENSAMENTE LA AUTOREGULACIÓN Y LA TRANSPARENCIA DEL MERCADO FINANCIERO.

Uno de los objetivos básicos de la Ley es que la estabilidad del sistema financiero sea preservada por medio de una actividad cautelosa y prudente frente al riesgo, tanto de parte de los administradores de las instituciones financieras, como de los depositantes e inversionistas.

Para el efecto la Ley busca decididamente crear un esquema de completa transparencia informativa que facilite la autodisciplina y autoregulación del mercado financiero y permita que el Estado sea parte de la absorción de las pérdidas de las instituciones financieras insolventes. Con este fin, establece como obligación, que las entidades den a conocer al público de manera detallada la situación y solvencia de sus negocios; adicionalmente deberán informar con exactitud y veracidad sobre los costos de operaciones y servicios y sobre el rendimiento que ofrece en los diversos mecanismos de captación de recursos.

De esta manera, el sistema financiero tendrá un comportamiento más prudente, precisamente a que, el mercado cuenta con elementos de juicios para determinar con mayor objetividad sus verdaderos riesgos y los de inversionistas, especialmente aquellos mayores e institucionales, dispondrá de información suficiente para tomar decisiones documentales, exigiendo retornos adecuados por los riesgos que perciban.

En el caso del pequeño inversionista, considerando que puede estar en una posición de ignorancia con respecto del riesgo de sus ahorros, la Ley tiene un mecanismo ágil y dinámico de preferencia especial a su favor sobre los activos de la institución en caso de la liquidación.

2.3.5 ESTABLECER LAS ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN CON SENTIDO PREVENTIVO Y CORRECTIVO.

Como condición indispensable para que el mercado financiero pueda funcionar en un ambiente de seguridad y confianza, la Ley redefine el papel de la Superintendencia de Bancos impulsando la existencia de un organismo supervisor independiente, de alto nivel técnico, adecuadamente financiado y con claras facultades y atribuciones suficientes para inspeccionar, vigilar y salvaguardar aspectos vitales de la gestión financiera.

La Ley fija lineamientos explícitos para guiar las prioridades de trabajo de este organismo, incorpora adecuados patrones de control con sentido preventivo y correctivo y determina con precisión el ámbito de jurisdicción y competencia de la Superintendencia de Bancos, evitando superposiciones y vacíos de peligrosas consecuencias jurídicas y económicas.

Con el fin de procurar un ordenamiento institucional, la Ley prevé la conformación de un cuerpo colegiado, denominado Junta Bancaria la cual está presidida por el Superintendente de Bancos y se encarga de fijar las políticas de la entidad y pronunciarse sobre la adopción de ciertas decisiones fundamentales para el sector financiero, tales como la constitución y liquidación de entidades financieras; determina que el Superintendente es la autoridad máxima de la institución y goza de total independencia para aplicar la Ley y administrar ese Organismo; y, circunscribe el campo de acción de la autoridad monetaria limitándolo exclusivamente a asuntos que afecten la política monetaria o que impacten en los medios de pago.

2.4 COMENTARIOS GENERALES DE LA LEY

En el suplemento del Registro Oficial No. 439 de 12 de mayo de 1994 se publicó, como Ley No. 52, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. El nuevo esquema responde a la necesidad de liberalizar los sistemas financieros a través de la desregulación y de la libre competencia de los agentes. Se busca así, preservar la igualdad de los participantes en el mercado y asegurar la homogeneidad de las condiciones y oportunidades.

Si bien el contenido de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero puede dar origen a que el Ecuador cuente con un régimen como el buscado, es menos cierto que ello, en gran medida, dependerá de la aplicación que los organismos de control hagan de la normativa.

Algunas han sido las experiencias del país en el tema: la bondad de un proyecto legislativo radica no tanto en su texto cuanto en la voluntad de la burocracia para aplicarlo. Esto resulta particularmente real en países como el Ecuador carente de una cultura de respeto al orden legal.

Para la promoción de la constitución de una entidad del sistema financiero, quienes actúen en calidad de promotores, deben por mandato del Art. 9 de la Ley, remitir entre otros documentos,

a la Superintendencia de Bancos, los antecedentes personales de los promotores, que permitan verificar su responsabilidad, probidad o solvencia. Cada promotor deberá justificar su solvencia económica y declarar bajo juramento que los recursos provienen de actividades lícitas.

El celo que la Ley impone a los promotores de la constitución de instituciones financieras, estado por el hecho de que serán ellos los que captarán los recursos a través de la suscripción de acciones, de ahí que, si no cumplen estos requisitos que darán seguridad y confiabilidad al mercado, la Superintendencia de Bancos no autorizará la promoción de constitución de institución financiera alguna, además, la ley otorga la facultad para que quien se crea asistido, formule los reparos que estime conveniente respecto de la idoneidad y solvencia de cualquier promotor.

Dentro de las vinculaciones directas, el accionariado que mantengan las instituciones financieras ecuatorianas con otras del exterior, la Superintendencia de Bancos, en virtud de la Ley, exige que para autorizar tales operaciones, se utilice sistemas de control interno que permitan una adecuada identificación de las personas que efectúan transacciones con la institución financiera, a efectos de prevenir aquellas operaciones que de acuerdo con la legislación ecuatoriana y a las recomendaciones internacionales, se considere provenientes de actos ilícitos o que aseguren el lavado de dinero.

Dentro del mismo contexto, se faculta a la Superintendencia de Bancos a requerir a un banco o institución financiera del exterior, la entrega de información respecto de posibles depositantes de dinero que se encuentren encausados por narcotráfico.

Con el fin de que exista confianza, seguridad de parte de los usuarios, y como elemento de seriedad y transparencia, la Ley prohíbe que se designe como Director de una institución del sistema financiero privado a quienes hubiesen sido condenados por delitos mientras pende la pena, a más de las razones morales invocadas, esta prohibición consignada en la letra f) del Art. 34 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, guarda armonía con lo dispuesto en el Art. 60 del Código Penal, ya que en virtud de esta disposición, los condenados, a más de cumplir la pena impuesta en la sentencia, se encuentran suspendidos los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la pena, razón la cual no pueden desempeñar la función de Director de una institución del sistema financiero.

Esta prohibición también se hace extensiva a los representantes legales, vicepresidentes, gerentes, subgerentes y auditores internos de una institución del sistema financiero privado, así como a los representantes legales de las personas jurídicas que fuesen designados vocales del directorio.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero prevé cuatro tipos de instituciones financieras: bancos, sociedades financieras, asociaciones mutualistas y cooperativas de ahorro y crédito. Para el control de la Superintendencia de Bancos, se agrupa bajo una misma categoría jurídica a las instituciones de servicios financieros y a las entidades de servicios auxiliares del sistema financiero; entre las primeras están las compañías de leasing y las de tarjetas de crédito; entre las segundas, las inmobiliarias propietarias de bienes destinados a uso de oficinas del sector financiero.

Sobre la participación de personas jurídicas como accionistas de instituciones del sistema financiero, la Ley establece que éstas podrán adquirir tal calidad siempre que exista constancia acerca de quienes son las personas naturales que directa o indirectamente posean al menos el 70% de la propiedad de las personas jurídicas accionistas.

Es evidente que bajo el régimen actual son muchos los casos de inversiones camufladas en el sector financiero; con ello no se quiere significar que existan inversiones dolosas, pero sí que no se da la suficiente transparencia. Para garantizar la solvencia de las instituciones, se prevé la obligación de éstas de mantener una relación entre su patrimonio técnico y la suma ponderada de sus activos y contingentes, del 9%. A estos efectos, el patrimonio técnico es la suma del capital pagado, reservas, utilidades, aportes a futuras capitalizaciones, obligaciones convertibles menos la deficiencia de provisiones, amortizaciones y depreciaciones; este patrimonio técnico a su vez no podrá ser inferior al 4% de los activos totales, incluidos los contingentes.

Innovaciones financieras

La banca del Ecuador y las demás instituciones serán regidas por una nueva reglamentación acorde con los tiempos actuales y que reemplaza a la que rigió desde 1927.

Una de las principales innovaciones es la banca múltiple. Los bancos no tendrán por qué crear instituciones paralelas para entrar a ofrecer otros servicios.

La Ley es un compromiso del Gobierno Nacional que lo mencionó en la Carta de Intención dirigida al señor Michael Camdessus, Director General del Fondo Monetario Internacional - FMI-.

"Se busca mejorar la eficiencia de la intermediación financiera, fortalecer la supervisión y regulación bancaria, permitir la creación de la banca múltiple y estandarizar las normas para los diversos tipos de instituciones financieras.

La Superintendencia de Bancos, ha iniciado un programa de reforma institucional, cuyo objetivo es fortalecer su capacidad de control y supervisión", señala en la mencionada Carta.

La Ley da la oportunidad de que en un plazo de 3 años las asociaciones, mutualistas y cooperativas de ahorro y crédito puedan convertirse en bancos o sociedades financieras, si así lo desean.

En este caso deberán adecuar su capital para la constitución de la especie que deseen adoptar, utilizando obligatoriamente los mecanismos de oferta pública previstos en la Ley de Mercado de Valores, sostiene la sexta transitoria.

Con esta reglamentación aumentaría el número de entidades bancarias que hoy llega a 33.

Reformas del Congreso

Entre las principales reformas introducidas, durante el trámite, con el carácter de urgente dado por el Plenario de las Comisiones Legislativas Permanentes, consta la presencia del Gerente del Banco Central del Ecuador en reemplazo del Superintendente de Compañías en la Junta Bancaria. El Superintendente será miembro consultor cuando se trate de asuntos relacionados con su jurisdicción.

Así también se permite a la banca desarrollar la misma actividad de las empresas bancarias privadas, pero con las mismas obligaciones y deberes.

La Ley entrará a regular la creación, actividades, funcionamiento de las entidades del sistema financiero privado, así como la organización y funciones de la Superintendencia de Bancos.

Las instituciones financieras públicas se rigen por sus propias leyes en lo relativo a su creación, objeto social y organización, sin embargo, se someterán a la Ley de Instituciones Financieras en lo relacionado a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera.

También se fijan los montos mínimos de capital suscrito y pagado con el que deben operar las instituciones sujetas a esta Ley. Para los bancos 1'000.000 de UVC -Unidades de Valor Constante- y para las financieras 500.000 UVC.

Las autoridades financieras han ratificado que uno de los objetivos básicos de la Ley es que la estabilidad del sistema financiero sea preservada por medio de una actitud cautelosa y prudente frente al riesgo, tanto de parte de los administradores de las instituciones financieras como de los depositantes e inversionistas.

Se simplifica la estructura

Hay comentarios que destacan que la Ley simplifica la estructura de Leyes que entorpecerían las actividades del sistema financiero.

La Ley está muy bien redactada, ha pasado por varios Superintendentes de Bancos y cada uno de ellos ha hecho una contribución a su mejora; ha habido comisiones interbancarias, gente muy profesional, técnicos nacionales y extranjeros que también le han dado su aporte.

Las instituciones financieras podrán abrir sucursales y agencias fuera del país y adquirir acciones y participaciones en el capital de entidades financieras en el extranjero, con sujeción a los procedimientos que para ello determine la Superintendencia de Bancos.

Con este nuevo instrumento se prevé que el sistema y el desarrollo de la banca ecuatoriana entrará en un período muy interesante de alta competencia y de mejores productos al consumidor.

Aspectos de la Ley Financiera

- 1.- Los montos mínimos de capital suscrito y pagado con el que deben operar las Instituciones sujetas a la Ley se fijan en un millón de Unidades de Valor Constante (UVC) para los bancos y 500.000 UVC para las sociedades financieras.
- 2.- El patrimonio no podrá ser inferior al 4% de los activos totales incluidos los contingentes.
- 3.- Se crea la Junta Bancaria que autorizará el establecimiento y liquidación de las financieras. En dicha Junta y según las reformas introducidas por el Congreso se incluyó al Gerente General del Banco Central del Ecuador.
- 3.- Las mutualistas y cooperativas de ahorro y crédito abiertas podrán recibir depósitos monetarios.
- 4.- La Ley deja en libertad a los bancos para que ofrezcan intereses sobre las cuentas corrientes.
- 5.- Las mutualistas de ahorro y crédito y las cooperativas de ahorro y crédito podrán convertirse en bancos o asociaciones financieras, para lo cual deberán adecuar su capital a los mínimos exigidos para la constitución.
- 6.- Permite la formación de grupos financieros que pueden constituirse con las diferentes instituciones del sistema, como bancos, compañías financieras, intermediarias financieras, compañías de seguros y reaseguros, arrendamiento mercantil, casas de cambio y emisoras de tarjetas de crédito.
- 7.- Se abren las puertas para las fusiones entre las instituciones financieras y su participación en las diversas actividades del sector como arrendamiento mercantil y todo tipo de negocios financieros.
- 8.- La participación de personas jurídicas como accionistas de instituciones del sistema financiero podrá darse siempre que exista la constancia acerca de quienes son las personas naturales que directa o indirectamente poseen al menos al 70% de la propiedad de las personas jurídicas accionistas.
- 9.- Los bancos o sociedades financieras que hagan cabeza de grupo deben responder por las pérdidas patrimoniales de las instituciones integrantes del grupo financiero hasta por el valor de sus propios activos.
- 10.- Las instituciones financieras pueden participar también en actividades con compañías financieras en el exterior, previa autorización de la Superintendencia de Bancos.

La Legislación financiera que rige al país contempla normas que permite a los bancos extranjeros operar libremente en el país.

También establece facultades para que los bancos ecuatorianos inviertan y operen en los países donde no haya prohibición expresa para el efecto.

El Art. 19 de la Ley de Instituciones Financieras señala que las entidades extranjeras que se propongan establecer sucursales en el país deberán obtener autorización previa de la Superintendencia de Bancos.

Los bancos extranjeros deberán asignar y mantener en el país el monto de capital y reservas que exige la Ley.

Estos bancos no podrán adoptar denominaciones que pertenezcan a instituciones financieras ecuatorianas o que induzcan a pensar que son subsidiarias o afiliadas a ellas cuando en realidad no lo son, advierte la Ley.

Estas instituciones gozarán de los mismos derechos y obligaciones, estará sujeta a las mismas leyes y reglamentos aplicados a las entidades nacionales.

La misma ley faculta a las instituciones del sistema financiero ecuatoriano -previa autorización de la Superintendencia- a adquirir acciones y participaciones en el capital de entidades del exterior, constituidas o por constituirse. Requiere, no obstante, anuencia de la autoridad bancaria de supervisión y control del país donde se efectuará la inversión.

La Superintendencia se reserva el derecho de evaluar los riesgos financieros de la institución financiera receptora de inversión en el extranjero.

Menú para los bancos

La Ley de Instituciones Financieras posibilita a los bancos a:

- 1.- Recibir recursos del público en depósitos a la vista. Las obligaciones bancarias podrán constituirse bajo diversas modalidades libremente pactados entre depositantes y depositarios (tasas de interés, incluso en cuentas corrientes).
- 2.- Recibir depósitos a plazo: obligaciones exigibles a un plazo no menor de 30 días, instrumentados en un título de valor, nominativo, a la orden o al portador, que pueden ser pagados antes del vencimiento previo acuerdo entre acreedor y deudor.
- 3.- Emitir obligaciones y cédulas garantizadas con sus activos y deudor.
- 4.- Recibir préstamos y aceptar créditos de instituciones financieras nacionales o extranjeras.
- 5.- Otorgar préstamos hipotecarios, prendas y quirografarios.
- 6.- Conceder créditos en cuenta corriente, contratados o no.
- 7.- Negociar letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y cualquier documento que

represente obligación de pago por ventas a crédito.

8.- Negociar documentos de operaciones de comercio exterior.

9.- Negociar títulos valores de descontar letras documentarias sobre el exterior, o hacer adelantos sobre ellas.

10.- Constituir depósitos en instituciones financieras del país y del exterior.

11.- Adquirir, conservar y enajenar valores de renta fija previstos en la Ley de Mercado de Valores y otros títulos establecidos en el Código de Comercio.

12.- Realizar operaciones en el mercado de dinero y participar directamente en el mercado extrabursátil.

13.- Efectuar, por cuenta propia o de terceros, operaciones con divisas, contratar reportos y arbitrajes sobre éstas y emitir y negociar cheques de viajeros.

14.- Efectuar operaciones de arrendamiento mercantil.

15.- Efectuar cobranzas, pago y transferencias de fondos y emitir giros contra sus propias oficinas o de otras entidades financieras nacionales y extranjeras.

16.- Recibir y conservar objetos muebles, valores y documentos en depósito para su custodia y arrendar casilleros o cajas de seguridad para depósito de valores.

17.- Actuar como emisor u operador de tarjetas de crédito, de débito o tarjetas de pago.

18.- Emitir obligaciones con respaldo de la cartera de crédito hipotecaria o prendaria propia o adquirida.

Las sociedades financieras tienen todas las facultades referidas, excepto las constantes en los numerales 1 y 6, es decir pueden hacer casi todo lo que realiza un banco, de ahí que, se pueda entender el por qué, existe marcado interés de parte de estas sociedades en convertirse en bancos.

Los grupos financieros

Se cataloga como grupo financiero al integrado por una sociedad controladora que posea una entidad cualquiera de aquellas reguladas por la Ley General de Instituciones del Sistemas Financieros y por la Ley de Mercado de Valores; o por un banco o sociedad financiera que posea una de las otras sociedades previstas por los citados cuerpos legales.

Un grupo financiero no puede estar integrado por más de un banco, ni por un banco y una sociedad financiera, ni por más de una compañía de seguros, ni por más de una sociedad financiera al mismo tiempo; tampoco puede poseer más de una sociedad de servicios financieros o auxiliares dedicada a la misma actividad.

Contempla como sociedad controladora a aquella persona jurídica que tiene por objeto social, exclusivamente adquirir o poseer acciones emitidas por las compañías normadas por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y por la Ley de Mercado de Valores. A las sociedades controladoras les está prohibido participar directamente en el capital de una empresa que opere en el ámbito mercantil distinto al financiero.

El nuevo régimen implica un sustancial cambio para el sector. Esto conllevaría la necesidad de que se den procesos de reestructuración accionaria y operativa en algunos de los grupos existentes a la fecha.

De particular importancia es la disposición en virtud de la cual la sociedad controladora, el banco o la sociedad financiera que haga cabeza de grupo debe responder por las pérdidas patrimoniales de las instituciones integrantes del grupo financiero hasta por el valor de sus propios activos.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero limita la participación de una persona natural o jurídica en el capital de una sociedad controladora, al 6% de su capital⁴⁹; al propio tiempo, en ningún caso las instituciones que conforman un grupo financiero podrán participar en el capital de las demás integrantes⁵⁰.

Las instituciones del mismo grupo tampoco podrán ser accionistas de las personas jurídicas que sean accionistas de la sociedad controladora. Puede apreciarse una marcada preocupación por los efectos negativos que genera el proceso de concentración de capitales que de hecho vive el país.

Financieras y riesgos empresariales

La Ley permite la formación de grupos financieros que pueden estar constituidos por las diferentes instituciones que forman el sistema. La lista es larga: bancos, compañías financieras, intermediarias financieras, compañías de seguros y reaseguros, almacén general de depósitos, arrendamiento mercantil, casa de cambios, compañías de titularización, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, corporaciones de garantías y retrogarantías.

Todas éstas podrían estar bajo el control de una sociedad controladora, la que, además podría tener relación con otras compañías como: transporte de especies monetarias y valores, cajeros automáticos, servicio de cobranzas, servicios contables y de computación, fomento a las exportaciones, inmobiliarias de bienes destinados al uso de oficinas de una sociedad controladora o institución financiera.

Con las circunstancias de que, a criterio de la Superintendencia de Bancos, podrían invertir también en otras compañías, aparte de las específicamente enumeradas, que pueden prestar otros servicios.

⁴⁹ Art. 65 Ley General de Instituciones Financieras.

⁵⁰ Art. 66 Ley *ibid*.

Pueden también intervenir en las Casas de Valores y en las compañías administradoras de fondos de inversión y podrían hacerlo en las compañías operadoras de valores extrabursátiles (COVEX), extraño invento introducido en una de las últimas reformas legales "urgentes" que contradice el enunciado de que las operaciones deben realizarse a través de las bolsas de valores para asegurar su transparencia.

Las sociedades financieras -no los bancos- pueden participar también en el capital de compañías del sector productivo, para impulsar su creación o expansión, norma similar a la que existía en la Ley de Compañías Financieras y que se pretendió ampliar también a los bancos, lo que no fue aceptado en el Congreso⁵¹.

Las instituciones financieras pueden participar también en las compañías financieras en el exterior, para lo que deberán, gracias a una reforma introducida en el Congreso, obtener previamente la autorización de la Superintendencia de Bancos, ya que el proyecto proponía que lo puedan hacer sin siquiera esa autorización.

Cada vez más, las instituciones financieras incursionan en actividades empresariales que, aunque tengan relación con actividades financieras implican el natural riesgo de toda actividad empresarial, que podrían afectar a la institución financiera con las graves consecuencias que esta situación tiene, pues no es igual la repercusión de los problemas de cualquier empresa, que de una que afecta directamente al interés público, tanto porque funciona básicamente con recursos de sus clientes, como porque afecta a muchas actividades y al prestigio y credibilidad de todo el sistema.

Cuando una institución financiera participa en una compañía ¿tendrá la independencia necesaria para tratar solicitudes en las que estén involucrados competidores?. Muchas consideraciones pueden hacerse sobre este delicado tema, y no se deben dejar de lado las experiencias ajenas. Hay muchos países en los que situaciones similares han terminado en conflictos generalizados, independiente de la concepción de los gobiernos.

En Chile, bajo el gobierno de Pinochet, los excesos de la banca en su participación empresarial terminaron en su estatización.

En México, cuando la banca se convirtió en propietaria del 62% de la economía, el gobierno la estatizó, no por razones ideológicas, sino para evitar su quiebra y por presión de los acreedores externos privados.

Alcances de la Ley

El marco legal de esta Ley es integral, sistemático y homogéneo, con la profundización financiera, normas de solvencia y prudencia financiera para mantener la solvencia y permanencia de las instituciones financiera y fortalecimiento institucional del organismo del control.

⁵¹ Art. 53 Ley General de Instituciones Financieras.

Dentro de la legislación financiera estarán: las instituciones financieras públicas en lo relacionado a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control que realiza la Superintendencia de Bancos, en cuanto a lo relativo a su creación, actividades, funcionamiento y organización, se rigen por sus propias leyes; las instituciones financieras privadas (bancos, sociedades financieras, etc.); instituciones de servicios financieros, como: los almacenes generales de depósito, compañías de arrendamiento mercantil, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, corporaciones de garantía o retrogarantía, compañía de titularización, que deberán tener como objeto social exclusivo la realización de esas actividades; las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público; las instituciones de servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: transporte de especies monetarias y de valores, servicios de cobranza, cajeros automáticos, servicios contables y de computación, fomento a las exportaciones e inmobiliarias propietarias de bienes destinados exclusivamente a uso de oficinas de una sociedad controladora o una institución financiera.

Capitales de bancos en UVC

Si a la fecha una institución financiera desea constituirse deberá requerir la suma de 12.946 millones de sucres como monto mínimo de capital pagado, que es la suma que representa el millón de Unidades de Valor Constante (UVC), que exige la nueva Ley de Instituciones Financiera.

En la nueva Ley se introduce el concepto de las UVC para constitución, multas y otros aspectos en los que se hace mención a cuantías de dinero. El tema origina expectativas dado que se pone en juego el manejo del sistema financiero con el comportamiento inflacionario y, en el supuesto de una escalada en el índice de precios, traería más de un contratiempo al sistema.

Cuentas corrientes rentables

Entre las innovaciones de la Ley, una que ha sido bastante comentada en círculos financieros, es la opción que se abre a la banca para otorgar intereses por las cuentas corrientes. Aunque ya hay quienes se muestran como pioneros en dicha modalidad, sin embargo, también hay quienes expresan su preocupación porque tomar una medida de ese tipo implica estudios y equilibrios entre tasas activas y pasivas, que no pueden realizar de inmediato.

En el Art. 40 se expresa también que las instituciones del sistema financiero deben constituir un fondo de reserva legal que ascenderá al menos al 50% de su capital suscrito y pagado.

Para formar esa reserva deberán destinar al menos el 10% de sus utilidades anuales. La reserva legal comprende el monto de las cantidades separadas de las utilidades y el total de las sumas pagadas por los accionistas a la sociedad emisora en exceso, sobre el valor nominal de las acciones suscritas por ellos.

Patrimonio técnico

Las instituciones deben mantener, en todo momento, una relación entre su patrimonio técnico y la suma ponderada de sus activos y contingentes del 9%, aunque la Superintendencia podrá modificar dicho porcentaje en el rango de más o menos 1.5%.

El patrimonio técnico lo integran el capital pagado, las reservas, el 40% de las utilidades del ejercicio corriente, las utilidades acumuladas, aportes a futuras capitalizaciones, obligaciones convertible, amortizaciones y depreciaciones requeridas.

En el art. 50 de la Ley se indica que el patrimonio técnico no podrá ser inferior al 4% de los activos totales, incluidos los contingentes. Las sociedades financieras podrán participar en la promoción de proyectos de inversión en los sectores productivos e invertir en acciones de compañías bajo condición de que la suma de las inversiones no exceda el 20% del patrimonio técnico de la institución inversora, ni el 30% del capital pagado y reservas de la compañía receptora.

Prohiben negociar títulos valores.

El Art. 2 expresa que las mutualistas de ahorro y crédito y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera no podrán negociar títulos valores y descontar letras o documentos sobre el exterior; emitir o negociar cheques viajeros, o comprar o vender metales preciosos y garantizar la colocación de acciones u obligaciones. Las cooperativas de ahorro y crédito quedan prohibidas de negociar documentos de operaciones de comercio exterior.

El Art. 6 indica que las instituciones del sistema financiero podrán aceptar suscripciones y emitir acciones sólo hasta por el monto del capital autorizado.

El capital suscrito al tiempo de la constitución no podrá ser menor del 50% del capital autorizado y por lo menos la mitad del capital suscrito deberá pagarse antes del inicio de las operaciones. Además, no podrán otorgar acciones o bonos para remunerar servicios.

El Art. 11 indica que los convenios de asociación, sin que se pierda la personería jurídica, podrán hacerse para la aplicación de servicios específicos, para superar deficiencias de patrimonio técnico, en cuyo caso deberá terminar como un programa de fusión y como un mecanismo de aproximación a un programa de fusión.

Según el Art. 22 las instituciones financieras que operen en el Ecuador gozarán de los mismos derechos y obligaciones de las naciones.

En cuanto a las prohibiciones se expresa que ninguna persona natural o jurídica que no esté autorizada por Ley podrá efectuar operaciones de intermediación financiera propias de las instituciones del sistema financiero. Entre tanto, se aplicará a las personas que la efectúen una multa equivalente al 10% de las operaciones de captación de fondos del público la cual no podrá ser inferior a 10 mil UVC.

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.

Introducción.

Como se había mencionado, el Derecho Penal Económico es una disciplina jurídica, que en nuestro medio, se encuentra en formación, y por lo mismo las normas que a ella se refieren, no se encuentran recogidas en el Código Penal.

Las podemos encontrar en normas especiales o de distinto matiz que el clásico Código Penal, por ejemplo en la Ley de Mercado de Valores, en la Ley de Modernización del Estado, en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en la Ley de Régimen Tributario Interno, en la nueva Ley Orgánica de Aduanas y en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Las normas sancionadoras o que tienen la amenaza de una pena, las encontramos formando parte de las sanciones administrativas, esto es que, la Administración frente a la inobservancia de una disposición legal, impone una sanción, generalmente de carácter pecuniario, al particular o al funcionario público que transgredido la norma legal, en el primer caso, y que además, en el segundo caso, no ha actuado con la responsabilidad necesaria para hacer cumplir la ley.

En esta fase formativa, no está claramente precisada las normas que conforman el Derecho Penal Económico, ya que como decíamos en el primer capítulo de este trabajo, una de las notas de mayor trascendencia del delito económico es su apariencia externa de licitud, por lo que resulta difícil determinar, en muchos casos, si una operación mercantil específica es un acto normal propio de un empresario audaz o de una estafa, a diferencia de figuras clásicas como el asesinato, la violación o el robo, en donde la conducta típica, antijurídica y culpable se encuentra expresamente adecuada en el Código Penal.

La versatilidad de las relaciones económicas, a las que se incorpora la tecnología, hacen que la producción, circulación, distribución y consumo de los bienes y servicios, sea cada día más y más dinámica, lo que obliga al Estado a tener a mano instrumentos jurídicos que regulen el nuevo universo de posibilidades que se van generando en el mundo de las transacciones y el intercambio.

De ahí que el Estado, en un primer momento (diría que al empezar a generar el Derecho Penal Económico) se sirva de instrumentos como el Derecho Administrativo para sancionar patrimonialmente el incumplimiento o transgresión de la Ley, a través de la multa, que la Administración la impone directamente cuando se reúnan los presupuestos que la norma establece y que, en muchos de los casos, para reprimirla penalmente se remita al Código Penal y a las clásicas figuras delictivas, que en dicho cuerpo legal existen; así como, a las normas adjetivas para el procesamiento de sus responsables establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

En algunos casos, establecerá normas con las cuales modifica la sanción que originalmente el

Código Penal castigaba una conducta, para aumentar la multa o la pena de privación de libertad.

En esta parte del presente trabajo, citaremos las normas que contiene la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que a criterio nuestro pueden considerarse dentro del denominado Derecho Penal Económico, que en esta fase de formación se encuentra involucrado con sanciones administrativas que van desde la remoción o multa a directivos, empleados, auditores de entidades financieras, de firmas auditores externas, hasta la liquidación forzosa de estas instituciones.

3.1 PATRIMONIO TÉCNICO.

La preeminencia de las sociedades del capital dentro de la familia de sociedades mercantiles, encuentra su principal explicación en el hecho de estar caracterizadas por una limitación en la responsabilidad que asumen sus socios, determinada por el monto de sus aportes de capital, por el valor de sus acciones, lo cual permite al empresario, el inversionista, conocer de antemano el máximo riesgo patrimonial que puede correr como socio, lo que hace atractiva esa modalidad de organización mercantil, que hoy día domina el mercado.

El mercado bancario, que navega en un mar de riesgos, está organizado, en forma obligatoria, por mandato de la Ley, bajo la modalidad de sociedades anónimas, con pocas excepciones constituidas más que todo por grupos familiares, por ser un esquema atractivo para los empresarios que desean manejar prudentemente su patrimonio, lo que a su vez facilita la movilización masiva de capitales.

Ahora bien, la ventaja que este sistema de asociación ofrece a los socios se torna en una desventaja para los depositantes, deudores e inversionistas de los bancos, en virtud de que su garantía queda limitada al capital del banco; de manera que, paradójicamente, lo que es un límite de responsabilidad para los socios resulta un límite de garantía para los acreedores, con el agravante de que los bancos por su misma naturaleza operativa muestran usualmente pasivos que exceden en mucho su patrimonio haciendo más precaria la situación de esos acreedores.

Queda de esta manera planteado otro problema importante que deben resolver las autoridades reguladoras y controladoras del Sistema financiero, cual es el fijar cuotas de capital o alternativamente límites de endeudamiento que aseguren una razonable protección a los depositantes y demás acreedores de los bancos, respecto a lo cual se aprecian distintas líneas de pensamiento o de acción. Pero además del capital visto como signo cuantitativo es importante también que esté representado por activos líquidos, desde luego producidos, para que en un momento dado su cobertura frente a terceros sea lo necesariamente oportuna.

En esto del capital es necesario distinguir dos momentos:

- 1.- Al constituirse o iniciar operaciones el banco; y,
- 2.- Durante su vida como empresa.

Aunque se trate del mismo concepto merece consideraciones distintas en cada caso.

Cuando se trata de fijar la cuota de capital mínimo que debe satisfacer un banco para iniciar operaciones entran en consideración aspectos macroeconómicos y otros relacionados con la particular naturaleza empresarial de los intermediarios financieros, y quizá en ello se explique el porqué esa fijación casi siempre se deja en manos del banco central, entidad que tiene el mejor dominio de esos elementos, en nuestro medio se encuentra establecido en forma expresa en la Ley, un millón de UVCs, para bancos y quinientos mil UVCs para las sociedades financieras.⁵²

En cambio, existe consenso de que debe corresponder a la entidad fiscalizadora establecer y supervisar los mecanismos tendientes a que los bancos mantengan niveles de capital que sean razonables frente a variables como la calidad de sus activos, sus niveles de endeudamiento, toda vez que esas entidades tienen la responsabilidad de mantener estrecha y permanente vigilancia sobre el funcionamiento de esas empresas, como resultado de lo cual están en mejores condiciones para apreciar con precisión y oportunidad el comportamiento de datos tan importantes como lo son las posiciones de capital.

En la jerga fiscalizadora, al tema en comentario se le conoce como "adecuación de capitales", que como el término lo sugiere, se trata de mecanismos destinados a asegurar en lo posible que los bancos mantengan adecuadas cuotas de capital, considerando éste como respaldo de los acreedores, dentro de lo cual quedan involucrados conceptos particulares como el referente a su liquidez, determinada por la estructura de los activos, a su estabilidad, que estará asociada a la calidad de su administración⁵³.

En cuanto a los procedimientos o fórmulas utilizadas para obtener un punto de referencia que permita observar si el capital de un banco es adecuado, existen varios modelos. A veces se parte de una relación ideal entre el capital y el total de activos, para lo cual se toma en cuenta que éstos han sido adquiridos con los aportes de los socios y con la financiación de los acreedores, por lo que esa relación informa sobre la proporcionalidad con que son financiados por cada una de las partes, y que permite a la entidad fiscalizadora saber si se están cumpliendo o no los márgenes de protección establecidos en forma de los acreedores. También se sigue el procedimiento de relacionar el capital con los pasivos para saber qué porcentaje de éstos está cubierto por los aportes de los socios y con ello establecer si el capital es adecuado o guarda una razonable concordancia con las obligaciones del banco.

Un instrumento que funciona como indicador de esa relación entre el capital y los pasivos del banco es el conocido como "razón de endeudamiento" o "apalancamiento". En tal sentido, la autoridad reguladora o la fiscalizadora autoriza un coeficiente máximo en endeudamiento, de tal suerte que una vez alcanzado sólo se pueden tomar mayores pasivos si se incrementa el capital en la proporción correspondiente. Su cálculo se establece dividiendo el pasivo total más las contingencias entre el capital suscrito y pagado, más las demás partidas al patrimonio no susceptibles de distribución. Una fórmula más afinada resta de los pasivos una suma igual al valor de los activos no riesgosos, clasificados por la entidad supervisora.

⁵² Art. 37 Ley General de Instituciones Financieras.

⁵³ Díaz Arias, Rafael. *Aspectos de la supervisión financiera*, CEMLA, México, 1993

En tiempos recientes ha surgido un nuevo procedimiento, auspiciado por el Comité sobre Reglamentos y Prácticas de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Recíprocos, mejor conocido como Comité de Basilea, en referencia a la ciudad en la que tiene su domicilio dicho Comité y que, emite las directrices y estándares mínimos sobre la supervisión bancaria y regulación financiera internacional, a las cuales se ha adaptado nuestra Ley General de Instituciones Financieras, que plantea una fórmula de adecuación de capitales que parte de una relación ya comentada, la de capital y activos, pero ajustados o ponderados estos últimos en función del riesgo incorporado, a efecto de computarlos por el valor real más cercado posible y con ello poder determinar con más certeza qué parte de los bienes del banco son financiados con las aportaciones de los socios y cuál otra con las de los acreedores. El Comité asume que el capital de un banco comercial no debe estar por debajo de un 8% del valor de los activos ponderados al riesgo, para lo cual los clasifica en cinco categorías, a saber:

- a.- Activos sin riesgo, como el efectivo y valores de alta liquidez;
- b.- Activos con un 10% de riesgo, como la cartera de préstamos en situación de riesgo normal;
- c.- Activos con 20% de riesgo, como la cartera de préstamos en mora;
- d.- Activos con un 50% de riesgo, que corresponde a los préstamos de muy dudosa recuperación;
- e.- Activos con un 100% de riesgo, que corresponden a activos de pérdida o inmovilizados.

El mecanismo recomendado por el Comité de Basilea tiene una buena fundamentación, especialmente porque emplea valores reales, o los más cercanos a ellos, que permiten visualizar con más exactitud la estructura del financiamiento de los activos por parte de socios y acreedores .

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, si bien está claramente orientada a promocionar un sistema financiero amparado en un contexto de libertad de mercado y de amplia competencia, como contrapartida exige comportamientos muy estrictos a los banqueros y administradores, en el cumplimiento permanente de todas las normas de solvencia y prudencia financiera establecidas en base a estándares internacionales de supervisión (Comité de Basilea), a fin de que el mercado financiero se desenvuelva en un marco profesional y técnico y adquiera niveles de solidez y solvencia que garanticen la estabilidad de la economía en su conjunto.

Para estos fines se introduce la figura de patrimonio técnico, que es un concepto dinámico de solvencia, según el cual, el respaldo patrimonial con el que debe contar cada entidad del sistema financiero, debe ser proporcional al riesgo de sus activos. Además se han establecido normas preventivas, que propician una calificación permanente de la calidad de activos, políticas racionales de provisiones que cubran anticipadamente las pérdidas estimadas y disposiciones que regulan la concentración y vinculación para diversificar los riesgos del portafolio.

Las instituciones deben en todo momento mantener una relación entre su patrimonio técnico y la suma ponderada de sus activos y contingentes del 9%, aunque la Superintendencia podrá

modificar dicho porcentaje en el rango de más o menos 1.5%.

El patrimonio técnico lo integran el capital pagado, las reservas, el 40% de las utilidades del ejercicio corriente, las utilidades acumuladas, aportes a futuras capitalizaciones, obligaciones convertibles, amortizaciones y depreciaciones requeridas.

En el art. 50 de la Ley se indica que el patrimonio técnico no podrá ser inferior al 4% de los activos totales, incluidos los contingentes. Las sociedades financieras podrán participar en la promoción de proyectos de inversión en los sectores productivos e invertir en acciones de compañías bajo condición de que la suma de las inversiones no exceda el 20% del patrimonio técnico de la institución inversora, ni el 30% del capital pagado y reservas de la compañía receptora.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero⁵⁴ dispone que el patrimonio técnico estará compuesto de la siguiente forma:

- a) La suma del capital pagado;
- b) Reservas;
- c) Cuarenta por ciento de las utilidades del ejercicio corriente;
- d) Las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores;
- e) Aportes a futuras capitalizaciones;
- f) Obligaciones convertibles menos la deficiencia de provisiones;
- g) Amortizaciones; y,
- h) Depreciaciones requeridas, desmedros y otras partidas que la institución financiera no haya reconocido como pérdidas y que la Superintendencia las catalogue como tales.

El patrimonio técnico constituido de esta forma, no podrá ser inferior al cuatro por ciento de los activos totales, incluidos los contingentes.

Mediante Resolución 1831, publicada en el Registro Oficial No. 632 de 13 de febrero de 1995, la Superintendencia de Bancos, emitió el Reglamento de Patrimonio Técnico y Activos de Riesgo, por el cual determina la variación de las ponderaciones de los activos y contingentes y regula los aspectos relacionados con el riesgo de dichas operaciones, de esta manera ha dado cumplimiento a lo exigido en el Art. 47 de la Ley General de Instituciones Financieras.

El patrimonio técnico es una institución jurídica creada por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que tiene por objeto garantizar la solvencia de una entidad financiera y constituye una herramienta ágil para el control del Organismo de Supervisión, a través de ella, se pueden establecer con oportunidad y claridad los correctivos necesarios frente a posibles riesgos que puede asumir una entidad financiera que la pongan en una difícil situación económica.

En este contexto, cuando una entidad financiera, no cumpla con los niveles requeridos de patrimonio técnico, la Superintendencia de Bancos, debe disponer que cualquier incremento de depósitos o captaciones y recuperación de crédito e inversiones, sea invertido en valores de alta

⁵⁴ Art. 48.

liquidez, solvencia y rentabilidad a criterio del Organismo de Control y por el plazo necesario hasta superar alcanzar los niveles de patrimonio técnico adecuados, en dicho plazo no podrá, la entidad financiera, otorgar nuevos préstamos ni efectuar otras inversiones distintas a las señaladas, tampoco podrá abrir nuevas oficinas⁵⁵.

En el caso de que el patrimonio técnico disminuya por debajo del nivel mínimo requerido, o sea el cuatro por ciento de los activos totales, incluidos los contingentes⁵⁶, y hasta el cincuenta por ciento de ese límite, el Organismo de Control debe conceder un plazo de 90 días, para que la institución financiera o la sociedad controladora del grupo financiero regularice su situación, plazo en el cual obligatoriamente dicha entidad financiera deberá aumentar el capital pagado. Se entiende regularizada la situación cuando el patrimonio técnico llega al nivel mínimo requerido incrementado en el diez por ciento, es decir debe llegar al 4,4 % de los activos totales⁵⁷.

Si el deterioro de la entidad es mayor, a lo indicado en el párrafo que antecede, el plazo se reduce a 30 días, ya que la situación patrimonial de la institución financiera es de mucho peligro y debe solucionar en forma urgente su situación económica⁵⁸.

Respecto al mecanismo de aumento de capital y préstamo subordinado, al que pueden acceder las entidades financieras para solventar esta situación de deterioro, nos referiremos como punto especial en el capítulo siguiente.

Si una institución del sistema financiero no regulariza su situación financiera, la Superintendencia de Bancos dispondrá su liquidación forzosa⁵⁹.

Como vemos, la Ley prevé un procedimiento automático y predeterminado en cuanto a plazos y opciones para enfrentar el caso de instituciones insolventes con el objeto de precisar muy claramente las reglas de juego evitando el típico "lobby" y demás presiones que inhiben usualmente a las autoridades para actuar oportunamente. Asimismo, se persigue que la resolución y el curso de acción que se tome sea un asunto primordialmente privado para así no perjudicar los incentivos de mercado.

La Ley gradúa el daño o la intensidad de la insolvencia de una determinada institución, de manera que en función de ello se determine la urgencia de la solución correspondiente. Va sucesivamente intentando diversas formas de rehabilitación bancaria en la medida en que van fracasando los anteriores.

Entre los mecanismos privados que existen, se destacan la fijación de plazos para que se perfeccionen aumentos de capital, el rescate de la entidad en problemas por otras entidades del sistema financiero, bajo un novedoso esquema de "préstamos subordinados" y, finalmente, la

⁵⁵ Art. 144 de la Ley General de Instituciones Financieras.

⁵⁶ Art. 50 *ibid.*

⁵⁷ Art. 145 *ibid.*

⁵⁸ Art. 146 *ibid.*

⁵⁹ Art. 148 *ibid.*

conversión de depósitos en capital accionario de la institución por parte de sus principales acreedores.

Debe destacarse que todos estos son arreglos con una óptica de mercado que no favorecen incentivos perversos ("riesgo moral") pues para nada suponen traspasarle la pérdida al Estado. La motivación del sector privado para adoptar una de estas fórmulas se determinará en función de si el costo de esta contribución para ello es menor que las consecuencias de una liquidación, opción final que procede en caso que se descarten las posibilidades descritas.

La viabilidad de mecanismos como los que propone la Ley, dependerá de que se mantenga de un clima de transparencia, de manera que no existan sorpresas acerca de la real situación de cada institución, y que los mecanismos respectivos comiencen a operar cuando la entidad en problemas todavía posea un patrimonio positivo, esto es, que las necesidades de reposición de capital sean relativamente moderadas y que la perspectiva de recuperación de la empresa sea apreciable.

Como vimos, la deficiencia de patrimonio técnico puede llevar a una institución financiera a la liquidación forzosa, tema que para el Derecho Penal Económico es importante, ya que en dicho evento, la Ley presume que es consecuencia de actos fraudulentos cometidos por los directores, administradores, funcionarios y empleados que hubiesen participado en el cometimiento de cualquiera de los actos dolosos a los que se refiere la norma legal⁶⁰, que tienen como fin debilitar aún más la situación patrimonial de la entidad financiera, conducta típica sancionada con prisión correccional de dos a cuatro años de prisión. Este tema es analizado con mayor profundidad en el numeral 3.7 de este Capítulo.

3.2 CONTROL INTERNO Y EXTERNO.

Es un hecho que la auditoría tiene como función principal emitir una opinión fundada respecto de la fidelidad de los estados financieros de un banco con la realidad económica de sus operaciones, sobre la base a una serie de principios de tipo técnico y contable. Ese ha sido el origen de la auditoría y esa será su mayor ventaja frente a las autoridades y los acreedores de la banca.

Naturalmente, no se trata de una evaluación que trascienda esos estados financieros en cuanto debe sugerir alguna cosa respecto de la viabilidad financiera futura de la institución, ni que debe calificarla respecto de su desempeño comparativo frente a otros bancos o empresas. Esta función consiste básicamente en que el principal instrumento que permite la evaluación financiera y económica de una empresa, es decir, sus estados financieros, deben estar respaldados por una opinión de carácter técnico y objetiva, que ofrezca una garantía sobre su razonable certeza a quienes los emplean corrientemente en sus decisiones.

Esta función principal de la auditoría es bastante diferente entonces de aquella que desempeñan, por ejemplo, otro tipo de entidades como las agencias evaluadoras de riesgos y las firmas de valoración de empresas. A diferencia de estas que se enfocan principalmente a

⁶⁰ Art. 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

permitir análisis comparativo de la empresa evaluada frente a otras en el mismo mercado o actividad, la auditoría busca establecer la calidad de los sistemas internos de la entidad que producen sus estados financieros, mediante un análisis de los controles internos y de la efectividad y confiabilidad de los sistemas de producción de información financiera y contable; por ende, las herramientas y criterios de análisis de la auditoría son especiales de esa actividad.

La complejidad de esta función y sus relaciones con la supervisión bancaria han sido analizadas de manera precisa en la declaración sobre auditoría que emitieron el Comité de Basilea y el Comité Internacional sobre práctica de Auditoría en 1989⁶¹.

La Declaración señala que, para realizar su función básica el auditor debe evaluar los sistemas de contabilidad y de control interno, ponerlos a prueba y realizar las verificaciones que considere necesarias, dado que la confiabilidad de esos sistemas son determinantes en la naturaleza, extensión y oportunidad de los procedimientos de auditoría.

Ciertas características de los bancos como diversidad y volumen de sus operaciones, dispersión geográfica y operaciones fuera de balance exigen que la administración de los entes y los auditores dispongan de controles adecuados. Naturalmente, el trabajo del auditor deberá emplear técnicas de muestreo y procedimientos analíticos de revisión y evaluación de los activos y pasivos.

Este conjunto de acciones son planificadas por el auditor y enderezadas a encontrar irregularidades u omisiones que afecten de manera sustancial la información financiera del banco. El carácter sustancial de la irregularidad debe ser evaluado tanto a nivel global como a nivel de operaciones individuales y para ello está presente siempre el juicio profesional del auditor, el cual debe ajustarse en todo caso a las regulaciones de carácter financiero y contable.

Considerando que el trabajo del auditor no se realiza a nivel de la operación individual, sino que corrobora de manera global y muestra el desempeño de los controles internos y de los sistemas contables existe el riesgo de que no se detecten irregularidades o errores.

Formando el juicio del auditor acerca de los estados financieros el auditor exigirá la corrección de los errores sustantivos detectados y emitirá su dictamen sin salvedades, con salvedades o adverso según esté satisfecho con dichos estados financieros, tenga discrepancias de opinión con la administración o simplemente encuentre que no se refleja adecuadamente la situación del banco⁶².

Destaca la Declaración que este trabajo del auditor tiene diferencias apreciables con las funciones e intereses de las autoridades de supervisión. En efecto, los supervisores tienen como preocupación permanente la viabilidad presente y futura del banco, velando porque tenga la capacidad suficiente para asumir riesgos en forma proporcionada con su capacidad patrimonial y que su liquidez se mantenga en niveles adecuados a la naturaleza de sus

⁶¹ Boletín de Supervisión y Fiscalización No. 2, CEMLA, 1990

⁶² Art. 85 Ley *ibid.*.

operaciones⁶³. Para los supervisores, la confiabilidad de los sistemas internos de control y el tipo de información financiera que requieren de los bancos obedece a que necesitan tener certeza sobre la capacidad de extraer conclusiones válidas, a fin de evaluar y controlar los riesgos y que esa información es comparable con la de los demás bancos. La función del auditor es más limitada, en la medida en que básicamente se preocupa porque los controles y los sistemas de contabilidad estén adecuadamente organizados, de tal modo que la información financiera resultante sea confiable. Las informaciones que emanan de auditores y supervisores son mutuamente útiles, pues permiten a cada uno enfocar mejor sus objetivos, extraer conclusiones, corroborar opiniones y mejorar la calidad de sus propias conclusiones.

Elemento clave que acentúa la utilidad de la auditoría en la supervisión bancaria lo constituye la capacidad que tengan las autoridades de supervisión para pedirle al auditor tareas específicas o la emisión de informes especiales acerca de factores de importancia⁶⁴, fundamentales para conocer permanentemente la buena marcha de los bancos y en los cuales la cercanía del auditor fortalece la confiabilidad de esa información especial.

Se recalca la necesidad de que los órganos de supervisión conozcan o tengan acceso a los documentos de auditoría, que puedan tener una relación directa e inclusive un intercambio de información a nivel confidencial⁶⁵. También se considera como responsabilidad de los supervisores que exista una alta calificación de la auditoría de los bancos, para lo cual es importante mantener una estrecha relación con las organizaciones profesionales de auditoría. En ese mismo orden, se consideran convenientes y adecuadas las facultades legales que se le otorgan a los órganos de supervisión en relación con el nombramiento de auditores, bien sea para aprobar su nombramiento o removerlos o inclusive para tener derecho a designar auditores independientes⁶⁶. Estos planteamientos subrayan la importancia mutua que se conceden supervisores y auditores, pues la Declaración recoge la repercusión que ha tenido el tema a nivel legal, donde se vincula la calidad de la auditoría con la capacidad de los supervisores de aprobar los auditores o incluso designarlos.

La Declaración cree conveniente que las responsabilidades de los auditores sean precisas y definidas en las legislaciones nacionales, pero que deben definirse en un marco más amplio que el de la verificación de los estados financieros del banco. Es esa definición que debe quedar claro que el auditor simplemente brinda una credibilidad adicional a los estados financieros que produce la administración del banco⁶⁷.

El marco legal debe dar cabida a la relación entre el auditor y su cliente y también permitir un adecuado intercambio de información entre el auditor y el organismo de supervisión, aunque aceptando la posibilidad de que puedan darse conflictos de interés.

⁶³ Art. 86, c) Ley idem, acoge la sugerencia del Comité de Basilea.

⁶⁴ Art. 84, inc, 2) de acuerdo con la Declaración del Comité de Basilea, faculta a la Superintendencia de Bancos o al Directorio a solicitar cualquier información que ellos requieran .

⁶⁵ Art. 84 Ley idem recoge el criterio del Comité de Basilea para que la Superintendencia de Bancos tenga plenas facultades fiscalizadoras sobre las auditorías

⁶⁶ Art. 83 Ley idem, La Superintendencia debe calificar la idoneidad y experiencia del auditor interno y externo

⁶⁷ Art. 86 Ley idem, precisa las obligaciones y funciones del auditor externo.

En relación con la posibilidad de obtener del auditor informes especiales o trabajos de evaluación y verificación de controles específicos, debe entenderse que el auditor actúa sobre la base de las reglas objetivas que deban verificar, bajo criterio relativamente precisos, de manera que no se le exijan evaluaciones sin referencia adecuada o que se salgan por completo de su competencia desde los puntos de vista técnico y práctico.

Reconociendo la gran dependencia mutua que en general exige entre los órganos de supervisión y los auditores, la Declaración estima que existen funciones que los auditores están en capacidad de desempeñar y que pueden aportar significativamente a la labor de supervisión.

Estas funciones consisten en:

- Verificar que los informes sobre aspectos esenciales de la marcha financiera de los bancos corresponden de manera fiel a los riesgos del banco.
- Evaluar la información de los sistemas de control del banco conforme a parámetros dados por el órgano de supervisión.
- Opinar acerca de si las políticas de contabilidad y, en particular, las de constitución de provisiones o reservas por pérdidas o riesgos han sido ejecutadas adecuadamente.
- Verificar que riesgos contables y sistemas de control relacionados con custodia de valores o bienes sean suficientes y apropiados.

Todo esto refleja un trabajo armónico y constante que debe caracterizar las relaciones entre los auditores y los órganos de supervisión tendientes a mejorar los resultados de una y otra función.

En cuanto a la función del auditor externo, diremos que constituye principalmente la presentación de servicios de la auditoría tradicional, que garantiza a los accionistas, administradores y acreedores, el desarrollo normal de las operaciones de la empresa y la salvaguarda de sus activos; no obstante, el desarrollo y los cambios del mundo moderno, especialmente en la actividad económica y la tecnología, han provocado cambios en las prácticas comerciales, económicas y financieras, que a su vez han venido transformando el alcance y funciones de la profesión, en virtud de lo cual, hoy en día el auditor externo se proyecta en otros campos especializados como el de asesoría contable, fiscal, financiera, administrativa y en recursos humanos.

En consecuencia, la función básica del auditor externo es la de satisfacer las necesidades de información confiable para los propietarios, gestores e inversionistas de las empresas, por los riesgos y posibles perjuicios que resulten de las decisiones que adopten.

En el campo de las operaciones de las instituciones financieras, el auditor externo desarrolla su función por requerimiento de los bancos, para dar cumplimiento a disposiciones reglamentarias y para satisfacer sus propias necesidades de vigilancia, supervisión y control. No obstante, en la mayoría de países de la región se contempla la posibilidad de que el banco central y/o el organismo supervisor contraten los servicios de auditores externos.

El negocio bancario es muy especializado y con un alto nivel de riesgo y de endeudamiento, por su función de intermediación y debido a que operan principalmente con recursos ajenos. Dentro de este concepto se identifican las siguientes limitaciones en el desarrollo y cumplimiento de la función del auditor externo.

1.- El trabajo y el informe del auditor externo se orienta a satisfacer las inquietudes y requerimientos de quien financia el costo de los servicios. Ello debido a la existencia de diferencias del objetivo de una auditoría externa, según lo esperado por administradores, accionistas y acreedores; obviamente, diferente del esperado por el órgano supervisor.

2.- Los auditores externos buscan comprobar que los estados financieros reflejen razonablemente la situación financiera de la empresa a la fecha y los resultados del período que examinan⁶⁸; por lo que el alcance de su trabajo se limita a este propósito, en contraposición a la labor de los órganos supervisores que son por lo general más amplios en su alcance.

Además, en vista que la opinión del auditor externo se refiere a la razonabilidad de las cifras a una fecha determinada, no contribuye directamente a establecer la causa de los problemas sino solamente la consecuencia.

3.- Los auditores externos buscan comprobar la aplicación de principios de contabilidad generalmente aceptados⁶⁹, lo cual, en algunos países, provoca diferencias de criterio o de razonamiento con el órgano supervisor.

4.- Con relación al cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias, el auditor externo no les da mayor atención, en tanto no conlleven riesgos a la solvencia de la entidad o afecten la calidad de los estados financieros; sin embargo, para el órgano supervisor, siempre deben ser cumplidos.

La independencia constituye un elemento fundamental en la calidad y oportunidad del trabajo y el informe de la auditoría externa. En algunos casos, la falta de independencia puede ir más allá de la diferencia de enfoques y criterios entre el auditor externo y la supervisión bancaria, expuestos anteriormente.

La independencia del auditor externo se puede ver afectada por las circunstancias siguientes:

1.- Excesiva dependencia de sus ingresos de un solo cliente. En el caso de los bancos, los ingresos de una empresa auditora pueden provenir también del pago de honorarios por servicios prestados a empresas vinculadas con el banco o con sus accionistas; en consecuencia, mientras más grande sea el grupo financiero y las empresas de los accionistas, mayor será la pérdida de independencia.

2.- Existencia de relación crediticia. El endeudamiento del auditor externo con el banco, es una razón que pone en riesgo su independencia. La medición del endeudamiento debe

⁶⁸ Art. 86, d) Ley ibid.

⁶⁹ Art. 86, c) Ley ibid.

extenderse a las empresas vinculadas con el auditor externo, sus propietarios, sus administradores y las empresas de éstos.

3.- La reputación que conlleva ser auditor de los bancos de mayor tamaño y prestigio. Tal circunstancia constituye un privilegio que conlleva no sólo prestigio sino mayores oportunidades y ventajas en el mercado.

Para evitar que se altere la independencia que debe tener el auditor externo, la Ley General de Entidades Financieras,⁷⁰ precisa que las funciones de este son incompatibles con la prestación de cualquier otro servicio o colaboración de la institución auditada (excepto en los casos de selección de personal). Prohíbe la prestación de servicios en la entidad auditada, dentro del año siguiente a la terminación de sus funciones. De igual manera, quien haya prestado servicios remunerados a la institución financiera, en el año inmediatamente anterior, no podrá ser designado auditor externo.

Administrativamente es indispensable, para la consecución de los objetivos, que al detectarse situaciones críticas o problemáticas a través de indicadores de alerta, que muy bien pueden surgir del análisis de la información financiera o confirmar por medio de ésta el conocimiento que ya se tenga de los mismos, tales como créditos mal atendidos e igualmente deficientes en garantías, venta de activos a personas o empresas relacionadas que contravienen los intereses de la institución bancaria, deficiencias en los requerimientos mínimos de capital, desempeño inadecuado a nivel gerencial, ausencia de normas operativas y contables o la deficiente aplicación de las mismas, y, finalmente, por mencionar algunos, falta o deficiencia en los controles internos y en la aplicación de políticas que llevarían, ya sea en conjunto o aisladamente, al fracaso de la institución, lo cual se traduciría en insolvencia y falta de liquidez para el cumplimiento de sus compromisos.

Ante lo ya expuesto, la función del auditor externo cobra especial importancia, pues al ser contratado para realizar auditoría de estados financieros en una entidad que forma parte del sistema financiero, deberá cumplir con la normativa de mérito, y, consecuentemente, realizar su trabajo conforme normas de auditoría generalmente aceptadas, con la debida independencia de criterio y el profesionalismo del caso⁷¹.

Por lo tanto, le corresponde al auditor externo examinar la situación y los resultados de las operaciones para emitir una opinión sobre la razonabilidad de las cifras de los estados financieros, a fin de expresar si los mismos están elaborados conforme a principios de contabilidad generalmente aceptados y a prácticas de contabilidad exigidas por el órgano de fiscalización.

En virtud de que, como parte de toda auditoría está contemplada la evaluación del control interno y el análisis de la situación financiera, en cierta forma se examina la gestión administrativa, toda vez que una es consecuencia de la otra, por lo que la opinión del auditor sobre la información financiera, finalmente involucra también, en su dictamen, opinión sobre los aspectos ya comentados, como lo son la evaluación de los sistemas internos y la gestión.

⁷⁰ Art. 86 Ley ibid.

⁷¹ Art. 86, c) Ley ibid.

Toda institución del sistema financiero debe contar con un auditor interno y un auditor externo calificados en cuanto a su idoneidad y experiencia por la Superintendencia de Bancos⁷². Los mismos que serán nombrados o removidos por la Junta General de Accionistas.

Corresponde al auditor interno velar porque las operaciones y procedimientos de la institución se ajusten a la Ley, al Estatuto, a los reglamentos internos, a la técnica bancaria y a los principios contables aceptados por la Superintendencia.

Son responsabilidades propias del auditor interno vigilar el funcionamiento adecuado de los sistemas de control interno, velar por el cumplimiento de las resoluciones de la Junta General de Accionistas, del directorio y de la Superintendencia⁷³.

El auditor interno deberá suscribir los estados financieros, conjuntamente con el representante legal y el contador general, pero puede negarse a suscribirlo, debiendo sustentar su negativa por escrito, ante la institución financiera y la Superintendencia de Bancos⁷⁴.

El Auditor Externo, que puede ser una persona natural o jurídica, hace las veces de Comisario de la Institución Financiera y le corresponde, entre otras funciones, opinar o abstenerse, explícitamente o motivadamente de hacerlo sobre la veracidad o exactitud de los estados financieros, los sistemas de contabilidad y sus comprobantes y soportes⁷⁵.

Le corresponde también opinar si las operaciones y procedimientos se ajustan a las disposiciones legales, estatutarias, reglamentos internos y a las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia, por lo tanto, deberá opinar si los estados financieros examinados presentan razonablemente la situación patrimonial de la institución al 31 de diciembre y los resultados de sus operaciones durante el ejercicio terminado en esa fecha⁷⁶.

El Auditor Externo, debe opinar si los estados financieros concuerdan con las anotaciones efectuadas en los registros contables de la institución y si estos se han llevado de conformidad con las disposiciones legales vigentes⁷⁷.

Debe proporcionar la información pormenorizada de las inversiones en acciones que la institución financiera mantenga en otras empresas, tanto en el país como en el exterior. Cuando se trate de inversiones en subsidiarias o afiliadas de bancos o de sociedades financieras, deberá comentar sobre la naturaleza y monto de las operaciones entre el inversionista y la receptora de la inversión, sus relaciones existentes y los efectos que ejerce la consolidación sobre el patrimonio de la entidad auditada⁷⁸.

⁷² Art. 83 Ley ibid.

⁷³ Art. 86, c) Ley ibid.

⁷⁴ Art. 85 Ley ibid.

⁷⁵ Art. 86 Ley ibid.

⁷⁶ Art. 86, c) Ley ibid.

⁷⁷ Art. 86, d) Ley ibid.

⁷⁸ Art. 86, e) Ley ibid.

Podrá pronunciarse o abstenerse explícita y motivadamente de hacerlo sobre otros aspectos que la Superintendencia o la institución auditada lo requiera⁷⁹.

Opinar sobre el cumplimiento de las medidas correctivas que hubiesen sido recomendadas en su informe anterior, sobre los aspectos enunciados en los párrafos que anteceden⁸⁰

Finalmente deberá efectuar revisiones trimestrales o semestrales de la institución financiera correspondiente, cuando así lo requiera la Superintendencia⁸¹.

La auditoría externa se encuentra regulada por el Reglamento para la contratación y funcionamiento de las auditorías externas que ejercen su actividad en las entidades sujetas al control de la Superintendencia de Bancos⁸².

Tales disposiciones prevén que la auditoría externa deberá realizar por contadores públicos, auditores titulados o firmas de auditoría calificadas previamente por la Superintendencia de Bancos de ese país.

La designación del auditor externo está a cargo de la junta general de accionistas o socios, o al organismo que haga sus veces, de la terna que ponga en su conocimiento el directorio de la entidad. El proyecto de contrato deberá someterse a la autorización de la Superintendencia de Bancos hasta el 15 de abril de cada año, los cambios que realice el organismo de control al contrato deberán ser acatados y se incorporarán al texto definitivo.

RÉGIMEN SANCIONADOR

La legislación ecuatoriana faculta a la Superintendencia de Bancos para suspender temporal o definitivamente la contratación de servicios auditoría con las entidades bajo su control.

De acuerdo con la falta, la Superintendencia podrá descalificar al auditor externo y ejercer las acciones penales respectivas si a ello hubiere lugar. Un auditor descalificado no podrá ejercer funciones de auditoría en el sector financiero. Asimismo, la entidad de supervisión se encuentra facultada para ordenar que cualquier entidad sometida a su control cambie de firma auditora, aún antes de la expiración del contrato, cuando se compruebe que al auditor procede en contra de las normas de auditoría, o en caso de falta de idoneidad en el desempeño de sus funciones, sin que haya lugar a reclamación alguna de parte suya.

Si una firma auditora externa procede en contra de los principios de contabilidad generalmente aceptados o coadyuva a la presentación de datos y estados financieros no acorde con las disposiciones legales y reglamentarias o instrucciones vigentes, la Superintendencia de Bancos dispondrá la descalificación que será publicada en el Registro Oficial y se dará a conocer a todas las instituciones controladas, donde no podrá ejercer ningún tipo de funciones.

⁷⁹ Art. 86, f) Ley ibid.

⁸⁰ Art. 86, g) Ley ibid.

⁸¹ Art. 86, h) Ley ibid.

⁸² Resolución SB-JB-95-1979 de la Superintendencia de Bancos. R.O. No. 683 de abril 26 de 1995.

Las sanciones administrativas se entenderá que las aplica la Superintendencia de Bancos, sin perjuicio de las acciones penales y de la imposición de las multas que prevé la Ley⁸³, respecto de las cuales nos referiremos con detenimiento, al tratar el numeral 3.6 "Falsificación de Balances y Estados Financieros" de este Capítulo.

3.3 SIGILO BANCARIO.

Los establecimientos bancarios están llamados a utilizar solo para la evaluación de los riesgos crediticios la información que recibe o poseen de su clientela. No pueden utilizarla con ningún otro propósito ni mucho menos divulgarla. Ese sigilo de carácter profesional que ha dado origen a la teoría de la Reserva o Secreto Bancario constituye un Derecho fundamental del ciudadano, el derecho a su intimidad, y es de la esencia vital de la actividad bancaria de allí que no parezca necesario persuadir al legislador para penalizar drásticamente su violación.

En el Perú, desde 1991 estaba estructurado este delito para aquellos casos en que la información correspondía a depósitos de ahorro y demás operaciones pasivas; la reforma de 1993 limitó la obligación de sigilo a esta clase de operaciones (pasivas), para lo cual no se contempla ahora un régimen restrictivo especial y se remite irrestrictamente al Régimen Penal ordinario que tipifica la conducta⁸⁴.

El sigilo bancario constituye la médula para impulsar un sistema financiero más transparente redefiniendo el tradicional uso extensivo del secreto bancario al amparo del cual confusamente se ha privado que el mercado tome sus decisiones suficientemente informado. El concepto de sigilo bancario que establece la Ley se aplica únicamente a defender la privacidad de los depositantes⁸⁵. Todas las demás actividades bancarias, aunque salvando la individualidad de las operaciones, quedan bajo un secreto relativo o reserva y pueden ser analizados, especialmente por los auditores externos y por firmas clasificadoras de entidades financieras, como veremos a continuación.

En cuanto a los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en las instituciones del sistema financiero, estarán sujetos al sigilo bancario, por lo tanto, las instituciones financieras receptoras de los depósitos y captaciones, sus administradores, empleados y funcionarios no podrán proporcionar información relativa a dichas operaciones sino a su titular o a quien lo represente legalmente⁸⁶.

Las instituciones del sistema financiero, tienen la obligación de proporcionar a la Superintendencia de Bancos la información sobre las operaciones que determinadas por esta, por su naturaleza y monto requieran de un informe especial. La Superintendencia puede

⁸³ Art. 131 de la Ley General de Instituciones Financieras.

⁸⁴ Art. . 131 de la Ley General de Instituciones Bancarias, en concordancia con el Art. 165 del Código Penal peruano.

⁸⁵ Art. 87 Ley ibid.

⁸⁶ Art. 87 Ley ibid.

proporcionar esta información a otras autoridades que por disposición legal expresa, previa determinación sobre su causa y fines, puedan requerirla, quienes también estarán sujetas al sigilo bancario hasta que se utilice la información en los fines para los cuales se le requirió⁸⁷.

Los informes de inspección y análisis que emitan los funcionarios y empleados del Organismo de Control en el ejercicio de sus actividades serán escritos y reservados, la misma que, de creerlo necesario y de haber observaciones los pondrá en conocimiento de los representantes de la institución examinada, estos documentos no pueden ser divulgados en todo ni en parte, por ninguna persona, sea de la Superintendencia de Bancos o de la entidad analizada, salvo que el caso comporte la comisión de un delito, en cuyo caso, la Superintendencia de Bancos deberá poner en conocimiento estos hechos al Agente Fiscal a fin de que excite la acción penal que corresponda.

El sigilo bancario no es aplicable para los informes y pruebas requeridos por los jueces y el Ministerio Público a la Superintendencia de Bancos y a las instituciones del sistema financiero privado, en las causas que estuvieren conociendo⁸⁸.

Tampoco lo es para los informes requeridos a la Superintendencia de Bancos por gobiernos o por autoridades competentes con los países que el Ecuador mantenga convenios legítimamente celebrados para combatir la delincuencia y en los términos de dichos convenios⁸⁹.

La Junta Monetaria, el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Compañías y la Administración Tributaria, en el ámbito de su competencia, a través de la Superintendencia de Bancos, podrán requerir la información que necesiten, la misma que no estará sujeta al sigilo bancario⁹⁰.

Cuando la información sea requerida a las instituciones financieras, bajo control de la Superintendencia de Bancos, por el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP, en el ámbito de su competencia, tampoco está investida del secreto o sigilo bancario⁹¹.

Si la Superintendencia de Bancos tuviere conocimiento de la perpetración de un delito relacionado con las actividades de las instituciones financieras, está obligada a llevar a conocimiento de un Agente Fiscal los hechos descubiertos y todos los datos relacionados. Para esta investigación, que debe desarrollar el Agente Fiscal, no opera la reserva bancaria, pero quedará sometido a la misma hasta tanto utilice la información obtenida en el juicio pertinente⁹².

Toda persona natural o jurídica, o todo funcionario público, que en razón de su empleo,

87 Art. 88 Ley ibid.

88 Art. 90, a) Ley ibid.

89 Art. 90, d) Ley ibid.

90 Art. 90, c) Ley ibid.

91 Art. 90, g) Ley ibid.

92 Art. 92 Ley ibid.

profesión u oficio, llegase a tener conocimiento de información sometida al sigilo y reserva bancaria, está impedido de divulgarle en todo o en parte, salvo en los casos exceptuados en la Ley⁹³, algunos de los cuales fueron referidos en líneas anteriores.

Quien violare el sigilo y reserva bancaria podrá ser sancionado con prisión correccional de uno a cinco años; lo que no obsta para reclamar antes los Tribunales de Justicia, las indemnizaciones correspondientes, por los daños que causasen este tipo violaciones⁹⁴.

En este caso, la Ley General de Instituciones Financieras, castiga con una pena de privación de la libertad de mayor duración que las que impone el Código Penal, en el Capítulo V, De los Delitos Contra la Inviolabilidad del Secreto.

3.4 FALSAS INSTITUCIONES FINANCIERAS.

La actividad financiera sólo puede efectuarse por sujetos calificados que obtienen autorización del Estado, dado su solvencia técnica financiera, administrativa y patrimonial, para administrar y movilizar el ahorro de la sociedad. Resulta contrario al interés general que personas no autorizadas capten masivamente dineros del público o realicen actividades propias de las instituciones financieras, ya por su impericia, ora por la carencia de un control especializado que garantice la conducta ortodoxa y prudente de quienes acometen este tipo de empresas. En efecto, se arriesga el ahorro depositado en manos de quienes temerariamente se ocupan en actividades financieras sin corresponder a su legítima profesión.

Por ello, además de las actuaciones que procede en estos casos por la vía administrativa, a través de las acciones que pueden llevar las autoridades de control y vigilancia en orden a precaver actos defraudatorios, las Leyes financieras han erigido en delito las conductas que comento. En la Legislación Argentina⁹⁵ la captación de recursos del público por personas o entidades no autorizadas da lugar a acción penal, respecto de la cual puede el Banco Central iniciar su castigo como querellante. La Ley Bancaria de Chile castiga con presidio menor la misma conducta⁹⁶. De análoga manera quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurre en pena de prisión de dos a seis años⁹⁷. Igual sanción se prevé en Venezuela para esta conducta⁹⁸, extendida al ejercicio ilegal de la Intermediación Financiera.

México castiga con prisión de dos a diez años la captación de recursos del público en el mercado nacional que cause pasivos directos o pasivos contingentes, sin que los autores de tales conductas correspondan a personas autorizadas conforme a los ordenamientos legales

⁹³ El Art. 90 señala los casos de excepción en los cuales no opera el sigilo bancario.

⁹⁴ Art. 93 Ley *ibid*.

⁹⁵ Arts. 12 y 41 de la Ley 21.526

⁹⁶ Art. 34 de la Ley General de Bancos.

⁹⁷ Art. 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁹⁸ Art. 288, D. L. 3228 de 1993

aplicables⁹⁹.

La Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y Seguros del Perú con un criterio más amplio, prevé como delito no sólo la captación de dineros sin autorización estatal, sino el desarrollo de cualquier otra actividad propia de las empresas bancarias, financieras y de seguros¹⁰⁰

Trascendental importancia tiene para el análisis del Derecho Penal Económico en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el contenido del Título X, De Las Limitaciones, Prohibiciones y Sanciones, ya que en el articulado de esta parte de la Ley se prevé situaciones concretas que pueden causar perjuicio a la economía general del país, ya sea por la existencia de falsas instituciones financieras, o por realizar actividades de intermediación financieras por personas que no se encuentran facultadas para ello, por declaración falsa y elaboración falsa de los balances, etc., situaciones que podrían acarrear conmoción en el sistema financiero nacional con consecuencias fáciles de advertir, que vendrían en desmedro del sistema o política económica diseñado por el Estado, o sistema con el cual la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios se encuentra debidamente estructurada.

Ninguna persona natural y jurídica que no haya sido autorizada por la Superintendencia de Bancos, puede realizar operaciones de intermediación financiera propias de las Instituciones del Sistema Financiero, por lo tanto le está prohibido hacer uso de avisos, carteles, recibos, membretes, títulos o cualquier otro medio que indique que la actividad o negocio de dicha persona es del giro financiero¹⁰¹.

En el evento de contravenir la prohibición referida, la Superintendencia de Bancos deberá ordenar la suspensión de las operaciones financieras que se realicen, además, impondrá una multa equivalente al 10% de la operaciones de captación de fondos del público que hayan realizado, la cual no podrá ser inferior en ningún caso al equivalente de 10.000 UVCs, sin perjuicio de que los responsables sean juzgados por el delito de estafa y sancionados con prisión de hasta seis meses, juicio penal que el Superintendente pedirá al Agente Fiscal que lo inicie.

Si no se acatara la orden de suspensión, indicada en el párrafo anterior, de las operaciones o la reincidencia se considerarán como delitos de estafa, que será reprimido con prisión de seis meses a dos años y una multa equivalente al 15% de las operaciones de captación de fondos del público que estas hayan realizado, multa que no podrá ser inferior en ningún caso, al equivalente a 20.000 UVCs.

La imposición de las sanciones indicadas, en ningún caso releva al infractor del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Estos delitos constituyen estafa ya que esta acción puede consistir en sacar a otro dinero, valores o cualquier cosa de utilidad, fingiéndose lo que no se es, atribuyéndose lo que no se

⁹⁹ Art. 111 Ley de Instituciones de Crédito.

¹⁰⁰ Art. 21.

¹⁰¹ Art. 124 Ley General de Instituciones Financieras.

goza, simulándose lo que no se posee: en una palabra mintiendo.

El Art. 563 del Código Penal tipifica y reprime al delito de estafa y hace referencia al proceso sucesivo de hechos que guardan entre sí una relación causal: Primero, el empleo de medios fraudulentos para hacer creer la existencia de falsas empresas, o para abusar de otro modo de la credulidad del ofendido en el negocio que se le propone, surge luego en la víctima un error determinante; y por último, ella hace la disposición patrimonial en provecho del responsable. Por lo tanto, manejos fraudulentos, entrega voluntaria de la cosa, perjuicio del engaño y provecho ilegítimo de la gente son los elementos necesarios para tipificar la estafa.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero modifica las penas con las que el Código Penal reprime la estafa en general, así, su peso en la sanción está dado por la carga patrimonial que impone en contra de las personas naturales o jurídicas que contraviniendo la prohibición que tienen de realizar operaciones de intermediación financiera cuando no están habilitadas para ello por la Superintendencia de Bancos, con multas que van desde 10.000 a 20.000 UVCs, según sea el caso.

La Ley sanciona con una multa al equivalente de 5.000 UVCs a cada uno de los que promoviesen públicamente la organización de una institución del Sistema financiero sin contar con autorización del Superintendencia de Bancos, quien además de la multa dispondrá la suspensión inmediata de las actividades de promoción y la devolución de los dineros recibidos a sus titulares, con más la máxima tasa de interés convencional ¹⁰².

Estimo pertinente hacer referencia a lo ocurrido en los últimos días del mes de marzo de 1995, en la ciudad de Azogues, en donde se produjo la quiebra del "Mandato "4 de Octubre", que habría ocasionado la pérdida de alrededor de 10 mil millones de sucres de los ciudadanos que depositaron sus ahorros tentados por los jugosos intereses que le ofrecían pagar. Se cree que alrededor del 40% de la población de la ciudad confió su dinero en manos de esa oficina.

Según el reporte de prensa, el Mandato realizaba el papel de intermediaria financiera, sin contar con la autorización del Organismo de Control Bancario, los depositantes podían duplicar su capital en un año, "por el interesante plan de intereses e inversiones de la falsa intermediaria que, también hacía préstamos con intereses entre el 10 y 12% mensual..."¹⁰³

Otro caso que conmovió la tranquilidad de los ciudadanos se dio en la ciudad de Ibarra, cuando a la muerte del señor Silva, este dejó sin cubrir las obligaciones que en vida adquirió, como intermediario financiero informal, por encima de los 20 mil millones de sucres.

Como vemos, de estos dos casos, que a manera de ejemplo referimos, ocurridos recientemente en el País, la posibilidad de la existencia de empresas fantasmas o de papel, que artificiosamente atraen depósitos monetarios de propiedad de personas que buscan aumentar repentinamente sus recursos, es un problema que debe ser severamente sancionado, ya que a más de las repercusiones patrimoniales que tiene cada uno de los agraviados, sus efectos trascienden a la fe bancaria y comercial, de la cual deben estar investidas todas las actividades

¹⁰² Art. 126 Ley *ibid*.

¹⁰³ EL TIEMPO: *EN AZOGUEZ, Millonaria estafa*. p 24. Cuenca 29 de marzo de 1995

financieras.

3.5 CONCENTRACIÓN DE CRÉDITO.

El consejo prudente de no poder todos los huevos en el mismo cesto, ilustra el riesgo que está latente en los negocios, es totalmente aplicable al crédito bancario, actividad en la que una de sus características es precisamente su alta exposición al riesgo de no recuperar lo prestado.

El tema de la concesión crediticia está inscrito con caracteres relevantes en las entidades fiscalizadoras desde que los bancos tomaron importancia como intermediarios financieros, como custodios y administradores de recursos ajenos.

En todas las legislaciones bancarias hay cláusulas que establecen limitaciones cuantitativas al crédito que los bancos pueden otorgar a cada persona natural o jurídica, a veces con cuotas diferenciadas según la calidad de las garantías ofrecidas; límites que tienen como usual referencia el capital y reservas de la entidad prestamista; ello es así porque es el patrimonio el que en última instancia garantiza a los acreedores del banco, garantía que no conviene que sea comprometida en uno o pocos créditos.

No se puede dejar de lado la importancia que también tienen estas limitaciones cuantitativas desde el punto de vista de la distribución del crédito, pues hacen posible que la masa de recursos disponibles se asigne a un buen número de usuarios, con lo cual toma una dimensión socio económica la intermediación financiera. Si los recursos provienen de muchos, deben igualmente ser aprovechados por muchos. Cumplen así estas restricciones un doble papel importante: como instrumento para minimizar riesgos y como mecanismos para pluralizar la asignación de recursos.

Se podría pensar que, como la protección contra riesgos debe ser preocupación fundamental de un banco no habría entonces que restringirle su libertad de prestar todo lo que quiera a sus clientes, pues él se cuidará de no dar más de lo prudente. Sin embargo, existen algunas ventajas de prestar todo a unos pocos que pueden inclinar a esas empresas a trabajar con clientelas reducidas, esas ventajas están básicamente relacionadas con aspectos de costo; sin duda alguna es más fácil y más barato manejar unos pocos préstamos que una cartera muy diversificada respecto a los deudores. Además de ello es también sintomática la tendencia a otorgar altas cuotas de crédito a personas o empresas que tienen vinculaciones patrimoniales o de gestión con el banco, y entonces no queda más que regular y controlar los montos máximos individuales de financiamiento que pueden otorgar.

Ahora bien, el asunto de la concentración crediticia quedaría perfectamente resuelto si la ley fija limitaciones cuantitativas razonables al crédito que un banco puede otorgar a cada persona natural o jurídica y si éstas fueran totalmente independientes entre sí, y si no existiera la posibilidad que un grupo de él las pudiera tener el dominio patrimonial o administrativo del banco; el desarrollo económico y empresarial ha favorecido al surgimiento de estructuras de personas y empresa interrelacionadas, en donde la suerte de una de ellas puede afectar positiva o negativamente a las demás; que otra parte, la banca se caracteriza por ser propiedad de muchos socios, que como tales tienen mejores opciones al crédito, todo lo cual introduce un elemento

de complicación al tema.

Se ha anunciado así la existencia de grupos de interés económico, llamados también conglomerados económicos o con otras denominaciones de alguna manera similares, pero que en todo caso constituyen sujetos de crédito multipersonales que han merecido y merecen especial atención por parte de las autoridades fiscalizadoras, tanto por haber constituido su financiamiento desmedido y preferencial causa primera de serias crisis bancarias en algunos países, como la dificultad que presentan para ejercer un debido control de ellas, en virtud de la multiplicidad de artificios que existen para esconder la verdadera identidad del usuario final de crédito, en lo cual infortunadamente a veces hasta los propios bancos colaboran cuando se trata de clientes ligados a ellos como socios, como directores o como administradores de alto nivel.

Aparte de las combinaciones o variantes que pueden darse, existen tres formas diferenciadas de crear o de que se den vinculaciones entre distintas personas vistas como usuarias del crédito bancario; en los dos primeros casos la vinculación con el banco prestamista, se produce por asuntos de propiedad o gestión, el otro se refiere a una relación de negocios, capital o administración entre varias personas.

El primer grupo está constituido por personas naturales o jurídicas ligadas al banco a través de la propiedad, ya sea directamente, como es el caso de los socios, o indirectamente cuando se es accionista de una empresa que esa vinculación puede manifestarse directamente, igual que en los casos descritos, pero que también puede ocultarse utilizando a terceros, comúnmente a familiares cercanos.

Una segunda forma de agrupación es la que reúne a personas físicas que aun cuando no tienen participación como propietarios del banco desempeñan cargos que les conceden un importante poder de decisión en la empresa, entre ellos lo que tienen que ver con otorgamiento de préstamos como es el caso de los directores, gerentes y apoderados generales. Generalmente, y por razones obvias, se agregan las sociedades en que esos funcionarios y sus parientes cercanos tienen una participación importante como socios, o bien que ocupan en ellas cargos de alto nivel jerárquico.

La tercera agrupación la integran personas naturales o jurídicas que no tienen ningún ligamen con el banco, ni por propiedad ni por gestión pero que entre ellas se dan vinculaciones de negocio, de capitales o de administración, de tal importancia que en el fondo resultan ser una sola empresa desde el punto de vista económico, aún cuando jurídicamente sean personas distintas. Este es el caso de empresas en las cuales son comunes sus socios o al menos los de mayor participación en el capital; en las que recaen a una misma persona cargos relevantes; cuando están referidas a un mismo centro de decisiones, o en aquéllas en que se dé cualquier otro arreglo de vinculación que determine la existencia de un interés común.

Respecto a este último grupo de personas que están relacionadas entre sí, pero no con el banco, hay criterios discrepantes en cuanto a si deben o no ser objeto de las mismas restricciones aplicables a los otros dos grupos. Quienes favorecen la tesis de que deben ser consideradas como empresas independientes en su acceso al crédito bancario invocan argumentos como el de que existe una clara y conveniente tendencia de los grupos empresariales a participar en diferentes actividades productivas y a integrar sus procesos productivos verticalmente, y que si esa es una adecuada organización empresarial no debería ser objeto de especiales restricciones

en materia crediticia; que la diversidad de actividades favorece la estabilidad económica del grupo en vez de ser una circunstancia de riesgo; se aduce también que al no tener vinculaciones con el banco sus solicitudes son analizadas objetivamente y no habrá razón para que se le dé un trato preferencial, como sí podría ocurrir con los otros grupos de interés económico.

Respecto a las dos posiciones extremas, una en el sentido de considerar a estas empresas como un solo sujeto de crédito y la otra de tomarlas como unidades independientes, nos inclinamos por considerarlas como un solo sujeto pero subiendo para ese caso el porcentaje de financiación con respecto al capital y reservas del banco, de manera que se mantenga una razonable cobertura de riesgo frente a una opción de crédito más flexible, excepto cuando se trate de empresas que desarrollan la misma actividad y sean propiedad de los mismos socios, en cuyo caso se pueda presumir que sólo se han dividido para mejorar sus cuotas de crédito bancario y por lo tanto se le debe aplicar al conjunto la limitación establecida para cada persona natural o jurídica¹⁰⁴.

El riesgo involucrado en las cuotas de crédito que pueden lograr los grupos de interés económico es tema de especial preocupación para las autoridades fiscalizadoras; existen casos concretos de crisis financieras que han tenido como causa importante una concentración desmedida de crédito en estos grupos o conglomerados económicos, en los que el fracaso de una o algunas de sus unidades han producido el descalabro del resto, arrastrando de paso el banco prestamista.

Pero aparte de esa eventualidad meramente empresarial, hay otra razón importante por la que debe tenerse especial cuidado en evitar la concentración de crédito, y es el caso del que se otorga a los socios del banco o a las empresas en las que estos tengan cuotas patrimoniales significativas, pues a veces ese crédito no es más que un artificio para devolver las aportaciones de capital para financiar nuevas aportaciones, de tal suerte que en el fondo los socios no asumen riesgos en la operación del banco, máxime si los créditos no cuentan con garantías satisfactorias, que es lo usual cuando se ha actuado calculadamente.

En el concierto latinoamericano, este asunto ha sido objeto de estudio en muy diversos foros sobre supervisión financiera; se han escrito muchos documentos, así como dictado leyes y reglamentos, pero infortunadamente está muy lejos de ser satisfactorio el control que efectivamente se ejerce sobre este aspecto del crédito bancario, lo cual obedece a una serie de dificultades que concurren en el manejo de este asunto, a las que haremos referencia, sin que su orden tenga que ver con el nivel de importancia asignada¹⁰⁵.

En primer término debe hablarse de la poca colaboración que generalmente ofrecen los bancos en la identificación de los grupos de interés económico, pues aunque esto parezca contradictorio, si se toma en cuenta que la protección del riesgo es algo que interesa particularmente a esas entidades, a veces introducen otras consideraciones que los llevan a minimizar su preocupación. En ese sentido, ya se mencionó la ventaja de trabajar con una clientela reducida, que abarata los costos y simplifica los trámites.

¹⁰⁴ Art. 75 Ley General de Instituciones Financieras.

¹⁰⁵ Díaz Arias, Rafael: Aspectos de la Supervisión Financiera. CEMLA. México DF., 1993, pág. 58.

Por otro lado, si no son tomadas en cuenta las variables de riesgo asociadas al financiamiento de personas o empresas vinculadas económicamente y sólo se les evalúa bajo los parámetros que se aplican al cliente común, es de esperar que en el caso de deudores con buenos antecedentes de pago el bono esté dispuesto a darles el crédito que necesitan para evitar que se desplacen hacia otra entidad financiera.

La dificultad con los bancos es aun más notoria cuando se trata de limitar el financiamiento que pueden otorgar sus socios o a las empresas de éstos; consideran que no es posible negar un crédito al dueño del negocio. El asunto se complica aun más en el caso de bancos que han sido creados con el preconcebido propósito de convertirlos en ventanillas de captación de recursos para que sean utilizados prioritariamente por los socios.

Una segunda dificultad se presenta por la vasta gama de artificios que se pueden desarrollar para ocultar o disimular la identidad de un grupo de interés económico. A través de la formación encadenada de sociedades es relativamente fácil perder de vista la identidad de la primera familia de socios; es fácil acomodar las cuotas de capital para estar siempre por debajo de la participación que las normas tengan establecidas para incluir o no a una persona en un grupo de interés económico¹⁰⁶.

Son múltiples también las opciones que hay para esconder la identidad utilizando terceras personas, usualmente familiares cercanos o amigos de alta confianza. Pero también puede ocurrir que los negocios de los parientes sean realmente propios, en cuyo caso surge la duda en cuanto a si deben integrarse en grupos de interés económico y hasta qué grado de parentesco debe alcanzar la vinculación.

Se nota así la cantidad de dificultades que existen para identificar o establecer los grupos de interés económico, respecto a lo cual apenas se han mencionado algunas de las más típicas con el propósito de ilustrar la afirmación; a ellas cabe agregar otra muy particular porque se genera en las propias entidades supervisoras.

Quizá sorprenda que se diga que esa dificultad surge, cuando se menosprecia o no se reconoce, el universo de posibilidades que existen para obviar y hasta esconder las señas de identificación que puedan establecer los lazos de vinculación entre personas que conforman los grupos de interés económico, y entonces se promulgan reglamentos o instructivos con tal rigor de cobertura que los hace inaplicables, irreales y que al final de cuentas no pasan de ser simples piezas que recogen un gran esfuerzo especulativo, que sirven como material de ponencias atractivas pero no viables, algo así como el plano de un edificio para que sea construido como materiales de la luna.

Tomando en cuenta todos los elementos involucrados en esta operativa crediticia debe ser dada la correspondiente normativa. Es necesario conjugar variables como el riesgo asociado en el crédito a los grupos de interés económicos; la diferenciación que debe hacerse en razón de la naturaleza de la vinculación y las correlativas limitaciones cuantitativas de financiamiento; la conveniencia económica de dar préstamos a esos grupos y la dificultad de impedir que se

¹⁰⁶ Art. 75 a) Ley General de Instituciones Financieras, fija el 20% como mínimo, en la propiedad de acciones, para ser considerado un solo sujeto de crédito.

evadan o soslayan las regulaciones.

En esta materia lo más corrientes es encontrar disposiciones generales en las leyes bancarias que imponen limitaciones cuantitativas al crédito que los bancos pueden otorgar a los grupos de interés económico, dejando en manos de la autoridad fiscalizadora el desarrollo de la normativa correspondiente; pero a veces es tal la generalidad que impide regular adecuadamente este aspecto del crédito, en razón del principio jurídico de subordinación que tiene el reglamento frente a la ley; aquél no puede ir más allá de lo que la ley dispone.

Así las cosas, conviene que el legislador deje muy claro en la ley si la limitación incluye o no los créditos indirectos, y si los incluye, como se recomienda, que se les dé una tipificación general; conviene igualmente que se especifique si se computa o no como crédito, la adquisición de títulos valores emitidos por el deudor, como parece ser los prudente.

Respecto a las limitaciones cuantitativas del crédito, deben otorgarse atribuciones a la autoridad fiscalizadora para fijarlas, permitiéndole inclusive establecer límites distintos según la naturaleza del grupo de interés económico, especialmente si está o no vinculado a la entidad prestamista, y según las garantías ofrecidas.

Con esas indicaciones de la ley correspondería a la autoridad fiscalizadora desarrollar las particularidades de este aspecto del crédito bancario, como es el caso de las características que hacen que dos o más personas constituyan un grupo de interés económico, ya sean de orden patrimonial, de negocios o de administración, con respecto al banco o entre ellas mismas¹⁰⁷.

Debe igualmente facultarse a la autoridad fiscalizadora para declarar, por la vía de la presunción, la vinculación de una o más personas a determinado grupo de interés económico, de manera que se desestimule el uso de artificios para ocultar la identidad del usuario final de un crédito¹⁰⁸.

En lo que toca a la normativa a dictar por la autoridad fiscalizadora deben existir prohibiciones a los bancos para financiar a los grupos de interés económico en condiciones más favorables que las que rijan para la clientela corriente o con reglas de tramitación más flexibles¹⁰⁹.

Si se les otorga la facultad para fijar los límites máximos de crédito, estos deben estar referidos al capital y reservas del banco, o al capital y demás partidas del patrimonio que no sean susceptibles de distribución; esto último para evitar que transitoriamente se incremente el patrimonio para subir la capacidad de financiamiento a un cliente. En cuanto a los cupos máximos de crédito, se justifica una diferenciación tomando en cuenta la naturaleza de la vinculación; es prudente establecer para los grupos ligados al banco por razones de propiedad o de gestión un límite igual al que rija para cualquier persona natural o jurídica, aceptándose alguna flexibilidad moderna cuando se ofrezcan garantía de alta seguridad y liquidez.

En el caso de los grupos de interés económico cuya vinculación esté dada por tener nexos

¹⁰⁷ Art. 70 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁰⁸ Art. 73 Ley *ibid.*

¹⁰⁹ Art. 66 Ley *ibid.*

comunes de capital, negocios o administración, el límite máximo de crédito en su conjunto podría elevarse hasta una suma igual de capital y reservas del banco, excepto en aquellos casos en los que sea claro y notorio que la pluralidad de empresas ha tenido como propósito crear sujetos de crédito para mejorar las cuotas de financiamiento, estrategia que suele manifestarse en empresas que son propiedad de un mismo grupo de socios y con actividades muy poco diversificadas; aquí lo prudente es tratarlas como grupo pero quedando sujeto al límite máximo de crédito que opere para cada persona natural o jurídica¹¹⁰.

Cuando se trate de préstamos a directores, gerente y demás funcionarios de alto rango o que tengan injerencia en las decisiones de crédito, se recomienda que además de las limitaciones cuantitativas como integrantes de un grupo de interés económico su financiamiento sea siempre aprobado por la junta directiva del banco mediante votación calificada¹¹¹.

Lo deseable es que este tipo de restricciones emane de la propia ley, en forma expresa.

El concepto de crédito debe incluir el crédito en forma de préstamos, los avales y garantías otorgadas al cliente y la adquisición de títulos valores emitidos por él.

Un comentario final sobre el tema está referido al régimen transitorio que debe aprobarse cuando por primera vez se regula el otorgamiento de créditos a los grupos de interés económico. Deben tomarse en cuenta las situaciones de hecho y el impacto que puede ocasionar una suspensión drástica del crédito a las empresas que conforman los grupos; lo prudente es fijar un plazo prudencial para que las regulaciones alcancen su plena vigencia.

En la legislación comparada, la violación de los límites de crédito en favor de accionistas o administradores, constituyen delitos, también identificados como "autopréstamos" adquirieron mayor identidad con ocasión de los procesos de concentración crediticia que constituyeron causa muy importante de la crisis financiera de los años ochenta. La estabilidad de una institución bancaria está íntimamente asociada a la observancia de prácticas ortodoxas en materia de dispersión de riesgos. Para evitar la proclividad de quienes acceden al sector bancario para utilizarlo como instrumento de apalancamiento de sus propios negocios, los legisladores han optado por disuadir tales prácticas a través de la descripción de las mismas en tipos penales.

La Ley penal ha considerado dos tipos diversos, según la operación se efectúe con accionistas o con administradores de los establecimientos. Sólo en Colombia¹¹² los excesos en que se incurra en operaciones con los accionistas respecto de los cupos individuales de crédito, se regula como delito.

En Venezuela¹¹³ se configura el ilícito penal cuando se otorgan créditos a los directivos,

¹¹⁰ Art. 75 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹¹¹ Art. 127 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹¹² El Art. 208, num. 2, del Estatuto del Sistema Financiero contempla penas de prisión de dos a seis años para este tipos de ilícitos.

¹¹³ El Art. 289, de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras prescribe pena de prisión de dos a cinco años.

administradores y funcionarios de las Casas Bancarias, en contravención a la prohibición que existe para ellos de establecer con las mismas esta clase de relaciones contractuales o cuando se exceden los límites con los accionistas o con las restantes empresas vinculadas al grupo o conglomerado financiero.

Para evitar la concentración del crédito en favor de sus directores, funcionarios y empleados la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, limitan las operaciones a favor de estos o de sus respectivos cónyuges, hasta el equivalente de 10.000 UVCs, para lo cual es requisito la aprobación del Directorio, resolución de la cual que dejará constancia en actas y será puesta en conocimiento de la Superintendencia de Bancos¹¹⁴.

Con el mismo objeto, si un director, funcionario o empleado de la entidad financiera fuese propietario o manejare el 20% o más de las participaciones o acciones de una empresa o sociedad, que obtuviere un préstamo de esa entidad financiera en la que labora, esta operación se entenderá otorgada a dicho directivo o funcionario, en el porcentaje de su participación accionaria en la empresa o sociedad, porcentaje que se incluirá en el cómputo de las operaciones aludidas en el párrafo anterior.

En el evento de que se violare el límite establecido, la Superintendencia de Bancos impondrá a las Instituciones del Sistema Financiero, una multa no inferior al equivalente a 1.000 UVCs ni mayor al equivalente a 3.000 UVCs. Igual sanción se impondrá al Director, funcionario o empleado de la Institución del Sistema Financiero que haya autorizado esa operación, quien deberá pagarla de su propio peculio y finalmente, la operación se considerará de plazo vencido¹¹⁵, es decir que, la entidad financiera deberá exigir de inmediato la solución del crédito. La sanción patrimonial va en contra de la persona jurídica y también en contra del funcionario (persona natural) que autorizó la operación, en esta parte la ley no se rige por el principio jurídico de que no se puede sancionar más de un vez por el mismo hecho. Este tipo de multas, que las impone el Organismo de Control, caen dentro del ámbito de las sanciones administrativas, a diferencia de la legislación comparada aludida, nuestra legislación no ha previsto una tipificación penal a esta conducta, cuando el crédito ha sido concedido sobre los límites establecidos en la Ley y tampoco, ha prohibido este tipo de operaciones para los directivos, administradores, funcionarios, empleados, accionistas, etc.

La Ley castiga severamente a todas las personas que intervienen en estas operaciones, así a la Institución Financiera, al funcionario que autorizó la operación y al beneficiario de esa operación, se busca que el crédito no se concentre entre en los círculos cercanos de una entidad financiera, se trata de evitar que se produzca una situación semejante a la que ocurrió con el Banco del Descuento, ahora liquidado que por efecto de la concentración del crédito en cuatro grupos del poder, no pudo superar los problemas de liquidez que se le presentaron.

"...el caso de los tres bancos que desde los años 70 han sido ocupados en el Ecuador -el Banco de Guayaquil y la Previsora Banco Nacional de Crédito, que luego fueron reabiertos, y el Banco de Descuento- son los créditos no de cartera propia sino de intermediación financiera los que generan las concentraciones de créditos que al momento en que los

114 Art. 127 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

115 Art. 127 Ley General de Instituciones Financieras.

sujetos deudores no pudieron cumplir, se convirtieron en operaciones vencidas que presionaron la liquidez del banco, lo asfixiaron en su capacidad operativa y precipitaron su crisis. Las garantías reales no siempre son de fácil liquidación, por lo que puede darse el caso de que aún cuando hayan garantías reales, un banco entre en crisis por falta de liquidez..."¹¹⁶.

Ninguna institución del sistema financiero podrá realizar operaciones activas de crédito o inversiones directas, indirectas o contingentes, comprometer obligaciones propias o ajenas, ni realizar descuentos a ninguna persona natural o jurídica por una suma que exceda en su conjunto el 15% del patrimonio técnico de la institución. El conjunto de estas operaciones no podrá exceder del 200% del patrimonio del sujeto de crédito¹¹⁷.

La suma de las operaciones activas de crédito, inversiones directas, indirectas, contingentes y descuentos o redescuentos de las personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la propiedad o administración de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora, no podrán exceder del 50% del capital técnico de la institución financiera. Puede extenderse este límite al 100% del patrimonio técnico, cuando el 50% excedido corresponde a obligaciones caucionadas con garantías de bancos nacionales o extranjeros de reconocida solvencia o con garantías adecuadas, entendidas como tales las que regule la Superintendencia de Bancos.¹¹⁸ Este tipo de operaciones deberán ser conocidas por el directorio de la institución financiera, constancia de lo cual deberá enviarse al Organismo de Control.

Cuando se trate de un grupo financiero constituido de acuerdo a las normas previstas en la Ley, el mismo no podrá conceder operaciones activas de crédito, contingentes o realizar inversiones directas, descuentos o redescuentos a personas naturales o jurídicas vinculadas o no con la propiedad o administración, en un monto superior al 50% de su patrimonio técnico consolidado.

Si las instituciones reflejan excesos por créditos concedidos sobre los límites señalados en los párrafos anteriores, serán sujetos a una multa equivalente al 10% del monto del exceso, sanción que será impuesta por la Superintendencia de Bancos¹¹⁹.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero pretende establecer claras disposiciones para evitar uno de los más graves conflictos de interés que se ha observado en los sistemas financieros de América Latina y que atenta contra la objetividad y profesionalismo para asignar eficientemente recursos que deben tener las entidades bancarias. Este se refiere al fenómeno de los créditos concedidos a partes relacionadas, es decir, aquellos préstamos auto-otorgados a las personas que controlan una entidad financiera o dirigidos a las empresas en que participan. Las normas precisan para estos financiamientos un cupo global máximo, dentro del cual deben encuadrarse estas operaciones, de manera que representen un porcentaje francamente minoritario de las operaciones de las instituciones financieras.

¹¹⁶ Roldós Aguilera, León. Banca y Crédito. Guayaquil, 1988. pág. 100

¹¹⁷ Art. 72 de la Ley General de Instituciones Financieras.

¹¹⁸ Art. 73 Ley *ibid*.

¹¹⁹ Art. 137 Ley *ibid*.

Como existen muchas vías para eludir estas disposiciones, en particular a través de la sucesiva interposición de sociedades, se faculta a la Superintendencia para presumir las circunstancias sospechosas que permiten concluir que una determinada operación se ha contratado con partes relacionadas a la correspondiente institución¹²⁰, para ello ha dictado la Resolución No. SB-JB-95-1887¹²¹, en donde se precisan las situaciones en las que habrá lugar a la presunción. Asimismo, como medida crucial para disuadir estas operaciones, se establece que los balances y estados financieros publicados por las entidades bancarias identifiquen clara y separadamente el monto de estos créditos.

Con la finalidad de evitar que se produzca concentración de créditos, a través de las inversiones en el capital de instituciones del sistema financiero del exterior, nueva o existente, que por el porcentaje de la inversión se convierta en afiliada o subsidiaria, la entidad financiera nacional debe, entre otros requisitos, presentar¹²² las normas vigentes en el país de la institución del exterior sobre requerimientos de capital, calificación de activos de riesgo, régimen de provisiones, concentración de créditos y consolidación de estados financieros.

Con el mismo objetivo, para que la Superintendencia de Bancos autorice a las instituciones financieras ecuatorianas que mantengan vinculaciones directas accionariamente con bancos o con instituciones financieras del exterior, para que realicen operaciones activas y pasivas a su nombre por cuenta de éstas, deberán obligatoriamente contratar con la misma firma de auditores externos, que realiza el examen de los estados financieros de la institución ecuatoriana, o a una asociada de ella, para que emita el informe sobre el contenido de los estados financieros del banco o institución financiera del exterior, con sujeción a las normas internacionales de auditoría, informe en el que debe constar la opinión de los auditores externos e incluir notas expresas sobre adecuación de capital, concentración de créditos, créditos otorgados a personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas y calificación de los activos de riesgo¹²³.

Para que una institución del sistema financiero privado ecuatoriano pueda abrir una oficina afuera del país, previamente a obtener la autorización del Organismo de Control nacional, deberá comprometerse con la Superintendencia de Bancos, a dar cumplimiento a todas las normas de solvencia y prudencia financiera que establece la Ley y entre otros, al cumplimiento de los límites de concentración de créditos e inversiones.¹²⁴

De esta manera, se trata de evitar que se produzcan concentración de créditos o créditos otorgados a personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas, a través de operaciones o inversiones en el capital de instituciones del sistema financiero del exterior o por medio de la apertura de una oficina fuera del país, con lo cual se imposibilita la inobservancia de la Ley, a través de operaciones bancarias efectuadas fuera del territorio nacional por parte de entidades

¹²⁰ Art. 73 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹²¹ R.O. No. 652 de marzo 13 de 1995.

¹²² Art. 24 b) Ley *ibid*.

¹²³ Art. 25 c) Ley *ibid*.

¹²⁴ Art. 27 c) Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

financieras privadas nacionales.

El representante legal de una institución del sistema financiero esta en la obligación de informar al directorio, al menos mensualmente, de las operaciones de crédito, inversiones y contingentes realizados con una misma persona o firma vinculada, que sean superiores al 2% del patrimonio técnico de una institución, debiendo archivar copia del tal informe con el acta de la respectiva sesión del directorio¹²⁵, de esta manera, el directorio conocerá oportunamente de las operaciones de crédito que realiza el representante legal y podrá imponer los controles necesarios a fin de evitar situaciones de riesgo o delincuenciales, de otro lado, se facilita a la Superintendencia de Bancos la supervisión de estas operaciones y el establecimiento de responsabilidades en el evento de violación de estas normas que tienen por objeto limitar la concesión de crédito a personas relacionadas o la concentración de crédito.

Las instituciones integrantes del mismo grupo financiero no podrán efectuar operaciones comerciales, financieras o de prestación de servicios entre sí, en condiciones de plazo, tasas, montos, garantías y comisiones diferentes a las que utilicen en operaciones similares con terceros¹²⁶, ya que de esta manera se podrían beneficiar de un crédito barato, en perjuicio de los depositantes, tampoco podrán conceder operaciones activas de crédito contingentes o realizar inversiones directas, descuentos o redescuentos a personas naturales o jurídicas vinculadas o no con la propiedad o administración en un monto superior al 50% de su patrimonio técnico consolidado.

A más de las sanciones administrativas, de carácter patrimonial referidas, por la concesión de créditos fuera de los márgenes señalados en la Ley, las instituciones que en forma reiterada la hubieren infringido, podrán ser declaradas por el Organismo de Control en liquidación forzosa, situación que la Ley presume, es consecuencia de actos fraudulentos cometidos por los directores, administradores, funcionarios y empleados y por lo mismo, reprimido penalmente, conforme los veremos en el numeral 3.7 de este Capítulo.

3.6 FALSIFICACIÓN DE BALANCES O ESTADOS FINANCIEROS.

El sistema financiero, en la mayoría de países de la región, ha tenido cambios significativos, debido a dos factores predominantes:

La fuerte competencia, que obliga al empresario a innovar servicios y a tecnificar los mismos, y, por otro lado, a regulaciones que en diferentes aspectos han emitido los organismos fiscalizadores, tendientes a proteger y asegurar a los depositantes y acreedores de las instituciones bancarias y, asimismo, a verificar y asegurar la solvencia y liquidez de dichas instituciones.

En ese esquema de cambios, ha surgido la necesidad de contar con estados financieros transparentes, que contengan información clara que permita visualizar la estructura financiera y

¹²⁵ Art. 36 a) Ley ibid.

¹²⁶ Art. 66 Ley ibid.

patrimonial de una entidad bancaria, aspecto que tiende al inicio de sistemas financieros de autorregulación.

Por lo tanto, para que los depositantes, acreedores, analistas financieros, accionistas, inversionistas, agencias gubernamentales y público en general, entre otros, puedan confiar en la información contenida en los estados financieros, se requiere que los mismos sean preparados sobre bases uniformes, aplicando principios de contabilidad generalmente aceptados y cumpliendo con normas y prácticas contables emanadas de los organismos de supervisión y fiscalización.

Siendo así, se estima que los estados financieros cumplirán con uno de sus principales objetivos, que es el de servir de medio informativo confiable y transparente para la toma de decisiones.

Frecuentemente el Derecho Penal sanciona a los particulares que proveen al Estado de datos o informaciones discordantes con la realidad para obtener un beneficio propio o en favor de un tercero. Tratándose de falsedades en estados financieros su tipicidad penal casi se regula en forma uniforme en el Derecho Latinoamericano.

Pero cuando el mismo proceder se observa en la relación interinstitucional de las Entidades Financieras con los organismos de supervisión, la falsedad adquiere connotaciones más complejas como que puede dar lugar a eludir o desviar la acción del Estado en su tarea de preservar el orden y la seguridad del Sistema Financiero.

Chile¹²⁷, El Salvador¹²⁸ y México¹²⁹, particularmente, prevén como delito la elaboración, suscripción, suministro o certificación de informaciones, balances, o estados financieros alterados que no reflejan razonablemente la realidad financiera de los asuntos que pretendan acreditarse.

Para el Derecho Penal Económico es de fundamental importancia la disposición legal contenida en el Art. 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ya que prevé la comisión de varios delitos que tienen como objetivo engañar al sistema financiero privado, a los organismos de control y al público en general, la solvencia y la capacidad operativa y financiera de una entidad del Sistema Financiero, con esta deformación de su realidad se puede aparentar una gran solvencia económica de una entidad que está a punto de quebrar o que no tiene recursos, con gravísimas consecuencias para sus clientes y para la economía en general.

El artículo en mención, señala que son personalmente responsables el director, administrador, funcionario o empleado de una institución del Sistema Financiero o la persona que actúa en nombre y representación de aquellos, cuando hubieren cometido una de las siguientes infracciones¹³⁰:

¹²⁷ Art. 1 de la Ley 18818.

¹²⁸ Art. 114 de la Ley de Bancos y Financieras.

¹²⁹ Art. 113 de la Ley de Instituciones de Crédito.

¹³⁰ Art. 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

- a.- Declaración falsa, respecto de las operaciones de la institución financiera;
- b.- Aprobación y presentación de estados financieros falsos;
- c.- Ocultamiento a la Superintendencia de Bancos o a sus representantes debidamente autorizados, de la verdadera situación de la Institución del Sistema Financiero;
- d.- De ocultamiento, alteración fraudulenta o supresión en cualquier informe de operación, de datos o de hechos respecto de los cuales la Superintendencia y el público tengan derecho a estar informados;
- e.- Realizar operaciones de crédito directas, indirectas y contingentes, recibiendo en garantía sus propias acciones o de sus compañías filiales y subsidiarias o de las de compañías pertenecientes al mismo grupo financiero¹³¹;
- f.- Conceder créditos directos, indirectos y contingentes con el objeto de que su producto sea destinado, directa o indirectamente a la suscripción y pago de acciones de la propia institución o de cualquier otra compañía del sistema financiero¹³²; y,
- g.- Constituir gravámenes sobre sus bienes inmuebles, incluidos los recibidos en dación en pago, salvo el caso de que cuenten con la autorización previa de la Superintendencia¹³³.

Estas infracciones son sancionadas con multas no menor al equivalente a 10.000 UVCs ni mayor al equivalente a 15.000 UVCs o con las penas previstas en el Art. 363 del Código Penal o con ambas penas al criterio del Juez.

El Art. 363 del Código Penal al que se remiten los cuerpos legales aludidos, sanciona con prisión de dos meses a dos años y multa de doscientos a ochocientos sucres, en los siguientes casos:

- 1.- Los que hicieren alzar o bajar el precio de las mercaderías, de los papeles, efectos o valores, por cualesquiera medios fraudulentos, o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla, o no venderla sino por un precio determinado;
- 2.- Los que ofrecieren fondos públicos, o acciones u obligaciones de una sociedad o persona jurídica, afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsos, y,
- 3.- El fundador, administrador, director, gerente o síndico de una sociedad o de una persona jurídica de otra índole, que publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto, cualquiera que hubiese sido el propósito al verificarlo¹³⁴.

¹³¹ Art. 128, a) Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹³² Art. 128, b) Ley *ibid*.

¹³³ Art. 128, c) Ley *ibid*.

¹³⁴ Art. 363 del Código Penal.

En orden a la falsedad de los documentos que atañen a la contabilidad comercial se recoge una referencia a la fe pública en la obra clásica de Carrara quien, justificando la inclusión bajo dicho título de su programa de los delitos relativos a la bancarrota aludía a la confianza amplia que se concede a los comerciantes, la que deducía de que de sus libros "cuando están bien llevados, y dentro de determinados límites, dan fe de su contenido y sirven de plena prueba en un juicio".

David Baigún y Carlos Tozzini, en su libro sobre La falsedad documental en la jurisprudencia¹³⁵, señalan que el concepto de fe pública depende de la confianza general que emana de los signos e instrumentos convencionales impuestos por el Estado, por un lado, y de las formas materiales, que revisten determinados actos jurídicos, por el otro. En ambos casos bajo condición de que estén destinados a relacionarse jurídicamente con terceros indeterminados quienes, de ese modo, se desentienden de la relación entre partes respaldándose exclusivamente en la confiabilidad de esos signos o formas. La idea, en orden a los actos jurídicos, es que la fe pública se encuentra protegida en aquellos que respeten ciertas formas legalmente establecidas y que están destinados a objetivos también previstos. De ellos son ejemplo, según los citados autores, los balances para los que la ley exige la firma de un contador y que a la vez sirven para determinar un estado patrimonial societario.

Las disposiciones de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y del Código Penal, tienen como común denominador sancionar las falsificaciones de los balances, de las operaciones financieras, la utilización de esos estados financieros falsos, porque a través de la comisión de estos delitos se distorsiona la realidad patrimonial y económica de una institución del sistema financiero, lleva a engaño a sus clientes y terceros que tiene relación comercial con ella, la falsificación no es reprimida per se, sino porque es un elemento que propicia la comisión de un delito cuyas consecuencias trascienden más allá del interés particular de varios individuos, sus efectos son absorbidos por la sociedad en su conjunto, la liquidación de un banco privado no solo angustia a los depositantes, a sus prestamistas, trabajadores, sino a la economía en general, el Estado, en un momento dado, deberá entregar recursos para cubrir las obligaciones del banco quebrado y muchas veces no podrá recuperar esos valores, debiendo cubrir los mismos con déficit o emisión inorgánica, que a decir de los entendidos ocasiona inflación, la misma que es pagada por toda la colectividad.

Si cualquiera de los directores, gerente, presidente, vicepresidente, auditor interno, funcionarios o empleados de las instituciones financieras incurrieren en las falsedades señaladas, la Superintendencia de Bancos podrá removerlos de sus funciones, sin que exista derecho al pago de indemnizaciones a cargo del empleador¹³⁶, sin perjuicio de las acciones penales a las que hubiere lugar, que hemos hecho referencia, ya que emitir una opinión favorable, pero equivocada, sobre la solvencia de un banco puede desatar reacciones, como una corrida de depósitos, capaces de producir su quiebra, y si el error es en sentido contrario, puede estimular y favorecer la confianza de una banco que, en la realidad acusa peligrosas debilidades.

135 Citado por Edmundo Hendler: *EL DERECHO, EL DELITO DE BALANCE Y LA FE PÚBLICA*, pag. 1, Buenos Aires.

136 Art. 133 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Si una firma auditora externa procede en contra de los principios de contabilidad generalmente aceptados o coadyuva a la presentación de datos y estados financieros no acorde con las disposiciones legales y reglamentarias o instrucciones vigentes, la Superintendencia de Bancos dispondrá la institución controlada cambie de firma auditora aún antes de la terminación del contrato, sin que tenga derecho a reclamar a la Superintendencia ni a la entidad financiera, la resolución del contrato, la misma que será, además, suspendida o eliminada del registro de compañías auditoras, según de la gravedad de la falta, a criterio del Organismo de Control¹³⁷.

Estas sanciones administrativas se entenderá que las aplica la Superintendencia de Bancos, sin perjuicio de las acciones penales y de la imposición de las multas que prevé la Ley.

Si a una institución controlada por la Superintendencia de Bancos que hubiese cometido infracciones a esta Ley o se le hubiese impuesto multas reiteradas, se mostrase reticentes para cumplir las órdenes impartidas por la Superintendencia de Bancos, adulterase o distorsionase sus estados financieros, obstaculizase la supervisión, realizase operaciones que fomenten o comporten actos ilícitos o hubiese ejecutado cualquier hecho grave que haga temer su estabilidad, la Superintendencia, removerá a los miembros del directorio y al representante legal y requerirá inmediatamente al órgano competente para que realice la o las designaciones que fuesen del caso. Si dicho organismo no es convocado para la designación de los funcionarios removidos, la Superintendencia de Bancos realizará esa convocatoria.

Si después de treinta días contados desde la fecha que la Superintendencia de Bancos dispuso las remociones, la institución del sistema financiero no hubiese modificado sus procedimientos, dispondrá su liquidación forzosa¹³⁸.

En cuanto a la autenticidad de los documentos y de la información que las instituciones del sistema financiero deben proporcionar a la Superintendencia de Bancos, la Ley para reprimir la responsabilidad penal en la falsificación o alteración de los documentos se remite al Código Penal.

Así los mencionan los incisos segundo y cuarto del Art. 79 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que señalan:

Las copias de la información que remiten las instituciones del sistema financiero a la Superintendencia, certificadas en la forma que ésta determine, servirán como medio de prueba conforme al Código de Procedimiento Civil, y su falsificación o alteración acarreará responsabilidad penal.

Las copias certificadas y las reproducciones de esta información expedida por un funcionario autorizado de la institución financiera, tendrá el mismo valor probatorio que los documentos originales. Las alteraciones que se realicen en las copias o reproducciones

¹³⁷ Art. 140 Ley ibid.

¹³⁸ Art. 151 Ley General de Instituciones Financieras.

serán reprimidas con arreglo a los artículos 339 y 340 del Código Penal.¹³⁹

La norma penal a la que se remite la disposición de la Ley General de Instituciones Financieras, reprime con pena de seis a nueve años, a cualquier persona que hubiere cometido falsedad en instrumentos públicos, en escrituras de comercio o de banco, contratos de prenda agrícola o industrial o de prenda especial de comercio o en cualquier otra actuación judicial:

Ya por firmas falsas;

Ya por imitación o alteración de letras o firmas;

Ya por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos;

Ya por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar.

El bien jurídico aquí protegido es la fe pública, puesta de manifiesto en la autenticidad de determinados documentos, títulos, valores o certificaciones, fe que recibe la protección del Estado, la conducta delictiva consiste en atentar contra esa credibilidad.

El delito de falsedad consiste, según Escriche¹⁴⁰, en la imitación, suposición, alteración, ocultación, alteración, ocultación, supresión de la verdad, hecha maliciosamente en perjuicio de otro.

La falsedad en este tipo de documentos, que sirven al Organismo de Control para establecer la licitud de las operaciones financieras de las entidades bancarias, torna más amplio su aspecto, ya que si bien se lesiona el bien jurídico de la fe pública, en el fondo lo que puede alterar, a través de la falsificación producida, es la real situación patrimonial, económica y legal de una entidad financiera, que puede desencadenarla en crisis de ella y del sistema en general, con las graves consecuencias, de todo nivel que hemos venido comentando a lo largo de este trabajo.

3.7 LIQUIDACIÓN FORZOSA.

Uno de los eventos en los cuales puede producirse la liquidación forzosa, es el que tiene relación a la disminución del patrimonio técnico por debajo de los niveles mínimos requeridos por la Ley y que a continuación enunciamos.

En el caso de que el patrimonio técnico de una Institución financiera, disminuya por debajo del nivel mínimo requerido, 4% del total de los activos, y hasta el 50% de ese límite, la Superintendencia de Bancos otorgará un plazo de 90 días para que la institución financiera o la sociedad controladora del Grupo Financiero regularice su situación. En este lapso, la institución financiera procederá obligatoriamente a aumentar el capital pagado.

Se entenderá que la situación de la institución financiera ha quedado normalizada si el

¹³⁹ Art. 79 Ley *ibid*.

¹⁴⁰ Escriche Joaquin, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París 1852, pág. 672.

patrimonio técnico llega al nivel mínimo requerido incrementado el 10%.

Si el deterioro de la entidad financiera es mayor al 50% del Patrimonio Técnico, el plazo que concederá la Superintendencia de Bancos será de 30 días.

Una vez decurrido el plazo concedido y cuando, no se haya normalizado la situación de la Institución Financiera, la Superintendencia de Bancos dispondrá su liquidación forzosa, designando para tales efectos a uno o más liquidadores

Otro evento, distinto a la posición del patrimonio técnico, que hace posible la declaración de liquidación forzosa, es el siguiente:

Si a una institución controlada por la Superintendencia de Bancos que hubiese cometido infracciones a esta Ley o se le hubiese impuesto multas reiteradas, se mostrase reticentes para cumplir las órdenes impartidas por la Superintendencia de Bancos, adulterase o distorsionase sus estados financieros, obstaculizase la supervisión, realizase operaciones que fomenten o comporten actos ilícitos o hubiese ejecutado cualquier hecho grave que haga temer su estabilidad, la Superintendencia, removerá a los miembros del directorio y al representante legal y requerirá inmediatamente al órgano competente para que realice la o las designaciones que fuesen del caso. Si dicho organismo no es convocado para la designación de los funcionarios removidos, la Superintendencia de Bancos realizará esa convocatoria.

Si después de treinta días contados desde la fecha que la Superintendencia de Bancos dispuso las remociones, la institución del sistema financiero no hubiese modificado sus procedimientos, dispondrá su liquidación forzosa¹⁴¹.

Cuando una institución del sistema financiero, es declarada en liquidación forzosa se presumirá que es consecuencia de actos fraudulentos, cometidos por los directores, administradores, funcionarios o empleados que hubiesen participado en el cometimiento de cualquiera de los siguientes actos¹⁴²:

- a.- Si hubiesen reconocido obligaciones inexistentes;
- b.- Si hubiesen simulado enajenaciones o gravámenes, con perjuicio de los acreedores;
- c.- Si hubiesen comprometido o dispuesto los bienes recibidos en depósito o custodia;
- d.- Si dentro de los sesenta días anteriores a la declaración de liquidación forzosa, hubiesen pagado a un acreedor antes del vencimiento de la obligación;
- e.- Si hubiesen ocultado, alterado fraudulentamente, falsificado o inutilizado los libros o documentos de la institución;
- f.- Si dentro de los sesenta días anteriores a la fecha de la declaración de liquidación forzosa,

¹⁴¹ Art. 151 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁴² Art. 134 Ley *ibid*.

hubiesen vendido bienes del activo a precios inferiores a los de mercado;

g.- Si hubiesen empleado otros arbitrios ilegítimos para proveerse de fondos;

h.- Si dentro de los ciento ochenta días anteriores a la fecha de la declaración de la liquidación forzosa, hubiesen infringido en forma reiterada los márgenes de crédito;

i.- Si hubiesen celebrado contratos u otro tipo de convenios en perjuicio del patrimonio de la institución; y,

j.- En general, si hubiesen ejecutados dolosamente una operación que disminuye el activo o aumente el pasivo.

Por lo general, de conformidad con la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, cuando existe la comisión de un delito la Superintendencia de Bancos, debe poner en conocimiento del Agente Fiscal, los hechos en que se fundamenta la existencia de presunción de responsabilidad penal, a fin de que este funcionario, realice la excitativa fiscal pertinente y de esta manera el Juez de instrucción inicie el juicio penal correspondiente.

Para la comisión de los delitos antes enumerados, la Ley no ha limitado esta facultad al Superintendente, sino que, permite que la noticia criminis pueda ser comunicada al Juez de instrucción por cualquier persona que tenga conocimiento del hecho, ya que los reconoce como delitos de acción pública y por lo tanto, deben ser pesquisados de oficio.

Así mismo deberá actuar el liquidador de una institución financiera en liquidación, quien tiene la obligación, antes de que prescriba la acción, iniciar y seguir cualquier acción judicial necesaria en contra de los directores, gerentes, administradores, auditores externos, peritos, tasadores, empleados o en general contra cualquier persona que pudiese resultar responsable de la liquidación¹⁴³.

La pena que se establece para las infracciones enumeradas, es de prisión correccional de dos a cuatro años, sanción que la consideramos insuficiente, si tomamos en cuenta que a través de la comisión de uno o varios de los delitos enumerados, lo que se propicia es la quiebra de una entidad financiera y su deterioro económico con fines dolosos, para evitar cumplir con las obligaciones que asumió con sus depositantes, trabajadores, socios o clientes en general, y las graves consecuencias económicas que afectan a la sociedad, que vienen vinculadas con la quiebra de un banco.

El pequeño ahorrista, en caso de liquidación forzosa de una institución del sistema financiero, tiene derecho preferente sobre la generalidad de los activos de la institución, con preferencia aún a las otras categorías de créditos privilegiados establecidos en la Ley, respecto de sus depósitos y otras captaciones, hasta el equivalente de 1.000 UVCs, incluyendo capital e intereses devengados hasta la fecha en que se declare la liquidación. Todo valor que supere el equivalente de 1.000 UVCs se someterá a los lineamientos de la prelación de créditos que

143 Art. 167 Ley ibid.

prevé la Ley en el Art. 169.¹⁴⁴

De esta manera la Ley resuelve el problema de la protección al pequeño ahorrista mediante un novedoso esquema, que consiste en una preferencia especial a su favor en caso de liquidación forzosa de una institución financiera. El pequeño ahorrista o depositante aún en mercados avanzados o educados siempre estará en una posición de ignorancia respecto del riesgo de sus ahorros, razón por la cual se justifica una norma a su favor. En la medida que el monto de esa preferencia sea suficientemente limitado y que su costo detraiga activos de la institución en liquidación, no tendrá efectos graves sobre los hábitos e incentivos ("riesgo moral") del sistema financiero. Cabe destacar precisamente, que por esas consideraciones la Ley no utilizó mecanismos de uso más generalizado, como el seguro de depósitos.

3.8 AUMENTO DE CAPITAL.

El monto mínimo de capital pagado para constituir una institución financiera es, para los bancos el equivalente a 1'000.000 de UVCs, para las sociedades financieras el equivalente a 500.000 UVCs, para las instituciones de servicios financieros (almacenes generales de depósitos, compañías de arrendamiento mercantil, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, corporaciones de garantía y retrogarantía, compañías de titularización) la Superintendencia de Bancos determinará el monto del capital mínimo con el cual deban iniciar sus operaciones¹⁴⁵.

Es obligación de las entidades financieras constituir un fondo de reserva legal que ascenderá al menos al 50% de su capital suscrito y pagado; para integrar esta reserva legal, las entidades financieras, destinarán, al menos, el 10% de sus utilidades anuales, la reserva legal comprende el monto de las cantidades separadas de las utilidades, y el total de las sumas pagadas por los accionistas a la sociedad emisora en exceso, sobre el valor nominal de las acciones suscritas por ellos, cuando el Estatuto determine el valor nominal de las acciones¹⁴⁶.

Los accionistas que aparezcan registrados como tales en el Libro de Acciones y Accionistas, a la fecha en que se publique por la prensa la decisión de aumento de capital, tendrán derecho preferente para la suscripción de acciones de dicho aumento, así como para recibir el certificado de preferencia¹⁴⁷.

Los aportes de capital deberán pagarse totalmente en dinero efectivo, salvo que la Superintendencia autorice que se capitalicen obligaciones por compensación de créditos¹⁴⁸.

Los recursos para el pago en numerario del capital suscrito solamente podrá provenir:

a) De nuevos aportes en efectivo o por compensación de créditos;

¹⁴⁴ Art. 170 Ley *ibid*.

¹⁴⁵ Art. 37 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁴⁶ Art. 40 Ley *ibid*.

¹⁴⁷ Art. 28 Ley *ibid*.

¹⁴⁸ Art. 6 Ley *ibid*.

- b) Por capitalización de acreencias por vencer, previa valoración hecha al menos por dos compañías calificadoras de riesgo;
- c) Del excedente de la reserva legal;
- d) De utilidades no distribuidas;
- e) De reservas especiales, siempre que estuvieran destinadas para este fin, incluyendo las formadas por la aplicación de sistemas de corrección de los estados financieros; y,
- f) De aporte en numerario para futuras capitalizaciones acordadas por los accionistas.

La capitalización hecha por compensación de créditos, obligaciones por vencer y utilidades no distribuidas, podrá efectuarse previa aprobación de la Junta General de Accionistas¹⁴⁹.

Aun cuando se hubiere contabilizado el aumento de capital suscrito y pagado, la Superintendencia podrá realizar las investigaciones que considere del caso, para verificar la legalidad del pago de dicho aumento y la procedencia de los fondos¹⁵⁰.

Si el aumento de capital de una institución del sistema financiero y la procedencia de los fondos utilizados para el pago del mismo, hubiese hecho infringiendo la Ley, la Superintendencia de Bancos, después del trámite administrativo pertinente, dejará insubsistente total o parcialmente dicho aumento y ordenará que la resolución que expida se inscriba en el Registro Mercantil.

La Superintendencia de Bancos de acuerdo con la gravedad de la infracción, impondrá al Administrador de la Institución del Sistema Financiero privado una multa no inferior al equivalente a 1.000 ni superior al equivalente a 3.000 UVCs, o la remoción de sus funciones, o ambas penas¹⁵¹.

Para la denuncia de estas infracciones, la Ley concede acción popular¹⁵², de modo que, cualquier persona que tenga conocimiento de ellas podrá informarlas al Organismo de Control o al Juez Penal, según sea la naturaleza de la infracción.

Es importante para el análisis del Derecho Penal Económico el tema de aumento de capital, ya que a través de la simulación de él, se puede transmitir al público y al Organismo de Control una imagen que aparente la solvencia económica de una institución financiera, cuando en la realidad, su situación puede ser de crisis.

En los temas bancarios o financieros, siempre estará presente el tema de lavado de dinero, ya sea proveniente del narco tráfico o de cualquier actividad ilícita, por esta razón la Ley obliga a

¹⁴⁹ Art. 42 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁵⁰ Art. 43 Ley *ibid*.

¹⁵¹ Art. 135 Ley *ibid*.

¹⁵² Art. 211 Ley *ibid*.

la Superintendencia de Bancos, establecer el origen de los recursos que permiten pagar tanto la integración como el aumento del capital, si tales recursos provienen de actividades ilegales, cualquier persona puede denunciarlas al Juez Penal competente para que inicie las acciones de rigor.

3.9 OPERACIONES OFF SHORE.

Las operaciones off shore son las inversiones en el capital accionario de los bancos o instituciones financieras del exterior, realizadas por instituciones bancarias y financieras del Ecuador.

Se trata también de una modalidad mediante la cual personas vinculadas por gestión o accionariamente a instituciones bancarias y financieras del país, realizan inversiones en el capital de bancos o instituciones financieras del exterior.

Es una actividad financiera en el exterior, que constituye una perspectiva positiva para intensificar los servicios financieros globales, por constituir un elemento de apoyo al desarrollo de las actividades productivas del país y contribuir a las transacciones de comercio exterior.

La Ley concede la posibilidad de que las instituciones financieras ecuatorianas puedan tener actividad bancaria en el exterior en la forma de sucursales y subsidiarias, lo cual es positivo en la probabilidad de intensificar los servicios financieros globales.

Frente al crecimiento desmesurado de las operaciones habituales de las instituciones bancarias que se han documentado a nombre de subsidiarias acrecentando un riesgo de informalidad o de dificultad para controlar un segmento muy significativo del mercado local, la Ley para reducir los peligros de que la actividad bancaria estrictamente local se presente como operaciones contratadas en estas oficinas o subsidiarias extraterritoriales impone una serie de requisitos de control.

Asimismo, limita el tipo de operaciones que estas empresas subsidiarias pueden desarrollar en el mercado local de manera de circunscribirlas a una actividad genuinamente internacional, objetivo que las justificaría pues de lo contrario podrían transformarse en un vehículo para eludir la regulación preventiva que persigue la Ley.

El Art. 22 consagra la posibilidad de que instituciones financieras extranjeras operen en el país con las mismas obligaciones y derechos que los bancos e instituciones financieras nacionales, esta indiscriminación es importante para mantener un clima de competencia e innovación en el mercado ecuatoriano.

Para que una institución del sistema financiero privado ecuatoriano pueda realizar inversiones en el capital de instituciones del sistema financiero del exterior, nueva o existente, que por el porcentaje de la inversión se convierta en afiliada o subsidiaria, la entidad financiera nacional

debe presentar¹⁵³:

- La anuencia de la autoridad bancaria de supervisión y control del país en donde se realizará la inversión; y,
- Las normas vigentes en el país de la institución del exterior sobre requerimientos de capital, calificación de activos de riesgo, régimen de provisiones, concentración de créditos y consolidación de estados financieros.

Para que la Superintendencia de Bancos autorice a las instituciones financieras ecuatorianas que mantengan vinculaciones directas accionariamente con bancos o con instituciones financieras del exterior, a fin de que realicen operaciones activas y pasivas a su nombre o por cuenta de éstas, deberán obligatoriamente cumplir con los siguientes requisitos:

- Que exista la autorización de constitución y funcionamiento de la institución bancaria o financiera del exterior, emitida por el organismo de control y supervisión del país receptor de la inversión, y se detallen los nombres de accionistas y administradores.
- Se presente el convenio de corresponsalía, agenciamiento o mandato, suscrito entre las instituciones financieras ecuatorianas y la institución bancaria o financiera del exterior.
- Contratar con la misma firma de auditores externos, que realiza el examen de los estados financieros de la institución ecuatoriana, o a una asociada de ella, para que emita el informe sobre el contenido de los estados financieros del banco o institución financiera del exterior, con sujeción a las normas internacionales de auditoría, informe en el que debe constar la opinión de los auditores externos e incluir notas expresas sobre adecuación de capital, concentración de créditos, créditos otorgados a personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas y calificación de los activos de riesgo¹⁵⁴. Esta disposición trata de evitar el hecho por el cual algunos bancos establecen sucursales off shore, porque las inspecciones que conduce el Órgano de Control son mucho más rigurosas con las sucursales domésticas que con las extranjeras. Ciertos centros financieros, en las Islas Caimán y las Bahamas en particular, imponen normas de inspecciones indulgentes y requieren pocos reportes, esto puede servir como un incentivo para utilizar las sucursales "off shore" como un receptáculo de activos de baja calidad, que incrementa peligrosamente el riesgo de una entidad financiera hasta llevarlo a la quiebra.
- Que se utilice un manual de control interno, que aseguren evitar el lavado de dinero.

En cuanto a la posibilidad de lavado de dinero, la Ley establece la obligación de las instituciones financieras de mantener sistemas de control interno que permitan una adecuada identificación de las personas que efectúen transacciones con la institución¹⁵⁵. Los controles internos también servirán para prevenir aquellas operaciones que de acuerdo a la legislación ecuatoriana y a las recomendaciones internacionales, se considere proveniente de actos ilícitos,

¹⁵³ Art. 24 b) Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁵⁴ Art. 25 c) Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁵⁵ Art. 88 Ley ibid.

la existencia de dichos controles serán vigilados por la Superintendencia de Bancos.¹⁵⁶

Para que una institución del sistema financiero privado ecuatoriano pueda abrir una oficina afuera del país, previamente a obtener la autorización del Organismo de Control nacional, deberá comprometerse con la Superintendencia de Bancos, a dar cumplimiento a todas las normas de solvencia y prudencia financiera que establece la Ley, en particular, en lo referente a la adecuación de los niveles de patrimonio técnico, a la calificación de los activos, al cumplimiento de los límites de concentración de créditos e inversiones y a la entrega de información que la Superintendencia requiera.¹⁵⁷

De esta manera, se trata de evitar que se produzcan violaciones a la ley como concentración de créditos o créditos otorgados a personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas, lavado de dinero, evasión del pago de impuestos, etc., a través de operaciones o inversiones en el capital de instituciones del sistema financiero del exterior o por medio de la apertura de una oficina fuera del país.

Una caso de gran trascendencia a nivel internacional y que vale la pena incorporarlo, en esta parte del trabajo, por tratarse de operaciones off shore con recursos de origen ilegal, es el que involucró a la filial de American Express Co. que accedió a cerrar un caso de lavado de dinero del narcotráfico mexicano por US\$ 36 millones, cifra que incluye una multa de US\$ 7 millones. Se trata de la mayor sanción jamás impuesta a una institución financiera estadounidense por acusaciones de lavado de dinero.

El acuerdo se produjo después de que dos empleados de American Express Bank Internacional fueron condenados por haber ayudado a un supuesto narcotraficante a lavar unos US\$ 30 millones a través de la oficina del banco en Beberly Hills, California. El acuerdo con el Departamento de Justicia de EE.UU. contempla el pago de otros US\$ 7 millones para saldar el caso y dedicar US\$ 3 millones a educar a sus empleados sobre las regulaciones de lavado de dinero.

Además, el banco accedió a renunciar a US\$ 19 millones en activos que sirvieron como colateral de un préstamo de US\$ 30 millones que el banco emitió a favor de Ricardo Aguirre Villagomez, el presunto narcotraficante.

Gaynelle Griffin Jones, fiscal federal del distrito sur de Texas, dijo que el monto de la multa fue en parte resultado de lo que calificó de falta de cooperación de American Express en el caso.

"estábamos muy preocupados sobre la falta de cooperación que recibimos de American Express durante la investigación", dijo en una entrevista. "Encontramos ejecutivos de alto nivel involucradas en un caso de lavado de dinero en una compañía que fue incapaz de detectar el problema. Eso es muy serio. Pero American Express tomó la posición de que no había ninguna falta criminal".

¹⁵⁶ Art. 203 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁵⁷ Art. 27 c) Ley ibid.

En respuesta, una portavoz de American Express en Nueva York dijo: "Creemos que hemos actuado de manera apropiada". Bajo el acuerdo, el banco no ha admitido el haber violado ley alguna.

Jones también dijo que la multa de US\$ 7 millones tenía por fin enviar un mensaje a otras instituciones financieras. "El éxito de las operaciones de lavado de dinero es la razón por la que las transacciones de drogas siguen generando ganancias", dijo. "Si podemos incautar el dinero y hacerle saber a las instituciones financieras que tomamos el tema en serio, eso llevaría a importantes cambios".

Steven D. Goldstein, presidente del banco, expresó en una declaración pública: "La naturaleza y los costos de este acuerdo sirven para resaltar la necesidad de cumplir estrictamente con los procedimientos en un ambiente bancario cada vez más complejo e internacional".

El banco, que afirmó que ya había amortizado el préstamo de US\$ 19 millones, trató de restar importancia a los US\$ 14 millones de multa y saldo del caso. Como los US\$ 14 millones serán cobrados de las reservas, una portavoz dijo que no afectará las ganancias.

Sin embargo, para American Express Bank International, los US\$ 14 millones, más US\$ 19 millones del préstamo y los US\$ 3 millones en programas de educación-un total de US\$ 36 millones- es un monto significativo de dinero: American Express Bank tuvo beneficios netos de US\$ 104 millones el año pasado.

El caso del lavado de dinero le ha costado caro al banco, tanto en términos de relaciones públicas como financieros¹⁵⁸.

3.10 DERIVATIVOS FINANCIEROS.

OPERACIONES A FUTURO

El contrato es, un acuerdo entre dos partes, un comprador y un vendedor para entregar una cantidad de un bien a precio, tiempo y lugar preestablecidos; permitiéndole al comprador asegurar sus costos y al vendedor valorar sus inventarios antes de la venta.

En este sentido, el mercado de futuros es utilizado para generar ventajas comerciales, por productores y consumidores finales, mediante una protección del precio, y por especuladores que desean aceptar el riesgo en el intercambio.

En el mercado, estos contratos son vendidos para reducir el riesgo de una caída en el precio, mientras que son comprados para reducir el riesgo de un incremento en el precio.

Por ejemplo:

¹⁵⁸ El Comercio, *American Express, multada por blanqueo de narcodólares*. 22 de noviembre de 1994, p. 5B.

Un productor vendería un contrato de futuros de petróleo para fijar un precio de venta o el valor de sus reservas, protegiéndose contra una disminución del precio. Por otra parte, una refinería compraría un contrato de futuros para fijar un precio de compra para sus materias primarias, protegiéndose así contra incrementos en los precios.

Por su parte, los especuladores buscan ganancias basándose en la variación de los precios de los futuros. Comprarán cuando esperen un incremento de precios y a la vez, venderán cuando las expectativas prevén una disminución del mismo. En este sentido, juegan un importante papel en el mercado, contribuyen a dar mayor liquidez al medio e incrementan el número de ofertas disponibles, haciendo posible la ejecución de importantes negociaciones comerciales con una mínima fluctuación del precio.

El precio de un contrato de futuros, refleja el consenso del mercado sobre las expectativas de precio de un determinado bien en el futuro. Contiene información sobre la oferta y demanda tanto presente como futura.

OPCIONES.

Una opción no es otra cosa que un contrato que proporciona a su poseedor (el comprador) el derecho (no la obligación) a comprar o vender (según sea la opción de compra "call" o venta "put") una cantidad de activos a un precio establecido y en una fecha determinada. El tipo y número de activos, el precio de ejecución del contrato y la fecha de vigencia del contrato son características fundamentales de una opción.

En esta ocasión nos referimos a las opciones de acciones, aunque en los mercados internacionales, existen muchos mercados de opciones (divisas, instrumentos de renta fija, metales y materias primas, e incluso índices financieros).

La opción de compra o "call" le da a su poseedor el derecho de comprar un número determinado de acciones, a un precio establecido, en cualquier momento antes de una fecha determinada (opción americana), o bien únicamente en esa fecha (opción europea). El comprador tiene la alternativa de ejercer su derecho, mientras que el vendedor de las acciones está obligado a satisfacer el requerimiento del comprador.

La opción de venta o "put" proporciona al poseedor el derecho de vender un número determinado de acciones a un precio establecido.

El perfil de beneficios de una "call" se puede comparar con el de una póliza de seguros: si baja el precio de la acción, las pérdidas son limitadas, pero si aumenta el precio de la acción en cuestión, los beneficios son mayores. Al considerar los beneficios no se debe olvidar que si el poseedor de la opción tiene además una acción de la empresa en cuestión, cuando la cotización de la acción baje, el inversionista sufrirá pérdidas crecientes con la disminución del precio de su acción. Esto es porque las pérdidas de una opción están limitadas, pero no así las de las acciones, que pueden llegar a ser hasta la totalidad del precio al que fue comprada.

Para que el poseedor de una acción se proteja contra el descenso de la cotización, debe comprar un "put" u opción de venta. Así, cuanto más descienda el precio de acción, mayores

son las pérdidas resultantes por haberla comprado, pero también son mayores los beneficios derivados de la compra de un "put".

Dado que el riesgo de una opción es mayor que el de la acción a la que se refiere, muchas personas opinan que las opciones sirven únicamente para incrementar la especulación. No obstante, una de las mayores contribuciones de las opciones, es precisamente la redistribución del riesgo, que convierte a los mercados financieros en socialmente deseables para un país, pues se benefician empresas, inversionistas y la sociedad en su conjunto.

La consideración de las opciones como instrumentos muy especulativos se basa en su alto riesgo, que permite obtener grandes rentabilidades frente a cambios relativamente pequeños en el precio de la acción a la que se refiere. El riesgo que redistribuyen las opciones sobre acciones e índices, es el riesgo inherente a las cotizaciones del mercado de valores, que afecta particularmente a los inversores particulares y a las entidades financieras. Las opciones sobre divisas sirven para redistribuir y asegurar el riesgo de tipo de cambio nominal. Las demás opciones redistribuyen entre compradores y vendedores los riesgos derivados de la fluctuación del precio del activo a que se refieren. La existencia de estos mercados y su rápido crecimiento tienen su razón de ser en la redistribución de riesgos, lo que hace que las opciones sean unos instrumentos muy deseables para empresas, particulares y para el sistema financiero en general. En el Ecuador, el mercado de futuros no está desarrollado y las opciones no han tenido todavía la oportunidad de aparecer mayormente en escena, para que los agentes económicos emitan su criterio.

SWAPS DE DIVISAS

La permuta de divisas o SWAP, implica que una institución financiera compra divisas y simultáneamente se obliga a revenderlas a un plazo y cotización prefijada, y viceversa.

El objetivo de este tipo de operaciones es convertir temporalmente los flujos de moneda nacional en divisas, conociendo con certeza previa los montos involucrados. De igual forma se pueden convertir temporalmente los flujos de divisas en moneda nacional. Así, una institución financiera puede hacer un swap con un agente económico: compra divisas a la cotización actual con la obligación de revenderlas a un plazo determinado, a una cotización prefijada. El cliente recibe sucesos y puede darles la mejor utilización durante el período del contrato, con la certeza de que al término del mismo podrá recuperar sus divisas a la cotización conocida.

Otro tipo de swaps son los de tasa de interés, en los cuales, una de las partes se obliga a pagar a la otra un interés fijo por una cantidad de dinero estipuladas, a cambio de recibir el pago en intereses flotantes o variables sobre la misma suma.

Supongamos que la empresa A tiene contraída una deuda a tasa de interés flotante y piensa que los intereses van a subir. En este caso, le interesará pasar de tasa flotante a tasa fija, lo que pondría hacerse cancelando la deuda contraída y contratando una nueva.

Sin embargo puede suceder que por distintos motivos prefiera no cancelar la deuda vigente. Siendo así, realizar un swap será la mejor alternativa. Debe encontrar una empresa B que tenga la necesidad opuesta, con la cual acordaría un swap de tasas de interés con las

características señaladas.

La cantidad de referencia del contrato se fija al inicio de la operación, aunque no se efectúa el desembolso del principal en ningún momento. Normalmente permanece constante durante todo el período del swap. En el momento del acuerdo, conforme a la situación del mercado, se establecen la tasa de interés fija y la flotante (margen más tasa de referencia) que pagarán las dos partes.

Es importante destacar que, aún después de realizar el swap las dos empresas continúan siendo responsables ante sus respectivos acreedores originales por las deudas contraídas, en la misma medida que cuando no existía el acuerdo.

La reducción de los costos de financiación a través del swap, se concreta mediante el arbitraje entre los mercados de tasas fijas y variables. Este arbitraje es posible ya que los mercados en los cuales se obtiene la deuda a tasas de interés fija han tenido tradicionalmente más aversión al riesgo que los mercados de interés variable.

En resumen, se puede concluir que el swap permite a los prestatarios e inversores separar la elección de los mercados y créditos de la elección de moneda o tasas de interés. Desde el punto de vista de la empresa el swap añade flexibilidad a la gestión de su pasivo y de sus activos financieros, trasladando al corto plazo decisiones que antes se tomaban de una vez y para toda la vida de los préstamos u obligaciones a largo plazo.

La combinación de operaciones de compra y de venta de opciones de contratos de futuros y swaps, junto a otras en los mercados a término, permite a los operadores de los mercados de opciones diseñar posiciones acorde con su actitud ante el riesgo, minimizando las pérdidas y proyectando mayores beneficios.

Los mercados de derivados han tenido gran publicidad en los últimos años. Algunos reportes sobre estos mercados se han centrado en los beneficios y oportunidades que los instrumentos ofrecen, mientras la gran mayoría lo han hecho sobre los riesgos que estos implican.

Los derivados son instrumentos financieros diseñados para cobertura y protección de ciertos riesgos de mercado, tales como tipo de cambio, tasas de interés y/o precios.

La crítica sobre derivados proviene de inversionistas que sufrieron grandes pérdidas al tener posiciones extremadamente especulativas, producto de apuestas mal fundamentadas, por deficiente asesoría de los vendedores de derivados cuando las tasas de interés en dólares comenzaron a subir en Febrero, o por la razón más sencilla y probable carencia de conocimientos sobre la naturaleza de estos productos.

Todo instrumento financiero está sujeto a ciertos elementos de riesgo, los cuales deben ser plenamente conocidos por su poder.

Los derivados no han incrementado ningún riesgo adicional a los ya conocidos, y desde este punto de vista no existen diferencias fundamentales entre los instrumentos tradicionales como bonos y acciones, y los derivados como forward, swaps y opciones.

La razón para que el mercado de derivados haya tenido un crecimiento explosivo en otros países se debe a que con estos instrumentos se puede mejorar la distribución de riesgos, es decir, permiten alterar la exposición de los movimientos de mercado de una manera rápida y a bajo costo, a aquellos agentes que mejor pueden manejar los riesgos.

Una característica general de todos los derivados es que estos facilitan el manejo de riesgos en el mercado al contado (Spot) y permiten el manejo de riesgos entre mercados.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero faculta a los bancos a realizar contratos a término, opciones de compra o venta y futuros, podrán igualmente realizar otras operaciones propias del mercado de dinero¹⁵⁹, la Superintendencia de Bancos deberá determinar las ponderaciones para el caso de las posiciones netas en contratos a término o a futuro, opciones, productos derivados u otros, para preservar constantemente la solvencia de una entidad financiera y que no se afecte su patrimonio técnico¹⁶⁰.

Es importante este tema para el Derecho Penal Económico, ya que se tratan de operaciones de riesgo por las cuales puede afectarse la sociedad entera, es necesario que las personas (traders) que se dedican a esta actividad sean profesionales académica y éticamente bien formados.

Se puede engañar al público haciéndole creer que uno es un experto en mercado de valores, a través del siguiente mecanismo: se envía por correo 50.000 cartas, en el 50% de ellas se dice que la Acción X va a subir en los próximos días, y en el otro 50% se dice que la misma acción va a bajar. El remitente espera tranquilo a ver que pasa. Supongamos que la acción bajó. Entonces a los 25.000 que quedan los divide nuevamente por la mitad, y les dice a unos que la Acción Y va a subir y a los otros les dice que la misma acción va a bajar. Espera nuevamente que pasen algunos días, y supongamos que la acción Y subió. Con ese juego ya tiene 12.500 personas que comienzan a creer en su habilidad como agente de bolsa.

Finalmente, lo hace hasta el momento en que su credibilidad es tan alta, que los clientes comienza a caer, deslumbrados por la sabiduría de quien ha acertado en el movimiento de los precios de las acciones por algunas oportunidades¹⁶¹.

Vale la pena citar el caso de la quiebra del Barings, el banco de negocios más antiguo y prestigioso del Reino Unido, que supone la crisis bancaria más grave de los últimos diez años en Inglaterra y puede crear una situación más difícil para los mercados financieros internacionales.

Las transacciones especulativas (opciones o derivados) de un solo operador, en la oficina del Barings en Singapur fue la raíz de las cuantiosas pérdidas del banco, calculadas, en principio, en 600 millones de dólares, las mismas que pueden superar los US \$ 1.450 millones.

Las cotizaciones de las principales monedas europeas, así como los precios de las acciones en los mercados bursátiles de Europa y Asia cayeron como consecuencia de la quiebra del banco

159 Art. 51 l) Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

160 Art. 47 e) Ley ibid.

161 El Universo, Mundo Económico, *Mercados Financieros*, 28 de marzo de 1995, p 10.

británico Barings Brothers, que cuenta entre sus clientes más importantes a la reina Isabel II de Inglaterra, con un portafolio de activos de unos 90 millones de dólares¹⁶².

Nick Leeson¹⁶³, es el agente de 28 años de edad que provocó el derrumbe de Barings, el banco de negocios más antiguo de Gran Bretaña, parecía un inglés ordinario que había logrado el éxito gracias a su perfecto conocimiento del mercado financiero. Su rostro redondo, frente amplia, sonrisa ingenua, aparece en la primera página de los diarios británicos, mientras es buscado por todas las policías del sudeste asiático.

Efectuaba millonarias transacciones para el Banco Barings en el mercado de Singapur, sin que al parecer nadie supiera lo que hacía ... hasta que perdió más de mil millones de dólares.

Padres, amigos y ex colegas de Inglaterra hablan de él como un joven amable, sin problemas, apasionado por el fútbol, transformado en un corredor "respetado" por sus cualidades profesionales. En cambio, sus colegas de Singapur los describen como un "golden boy" "arrogante" y "extrovertido", un as de las finanzas que trabajaba duro y se daba la gran vida con un salario anual de 300.000 dólares, sin contar las primas que podía superar un millón de dólares cada año. Hijo de un albañil, Nick Leeson creció en una modesta casa de Watford, al norte de Londres, logrando su diploma de estudios secundarios con notas medianas, pero fracasando en el examen de matemáticas. Coincide con las características del delincuente económico enunciadas en el primer capítulo de este trabajo.

Ingresó a los 18 años al mundo de las finanzas y años más tarde al Barings. Impresionados por sus capacidades, los ejecutivos de Barings lo promovieron a Singapur en 1992, justo después de su matrimonio con Lisa Sims, ex empleada del mismo banco.

La búsqueda internacional de un hombre de 28 años que causó la quiebra del más antiguo banco mercantil de Inglaterra terminó al ser detenido en Alemania. Nick Lesson aparentemente intentaba volver a Londres, su ciudad¹⁶⁴.

Lesson, el corredor de Singapur cuyas pérdidas superan los mil millones de dólares, en arriesgadas transacciones, ocasionó la quiebra del banco de inversiones Barings, que ya llevaba 233 años de existencia, fue detenido en el aeropuerto de Francfort.

Leeson viajaba en clase económica bajo su propio nombre en compañía de su esposa Lisa cuando fue detenido por agentes de la policía alemana que subieron al avión de Royal Brunei Airlines procedente de Asia.

Las arriesgadas operaciones bursátiles en países asiáticos le costaron al Banco Barings casi un 50% más que lo estimado originalmente, perdió 1.460 millones de dólares y no 1.000 millones como se calculara previamente, cuando el principal índice de valores declinó en vez de mejorar, a lo que había apostado el corredor de acciones a término.

¹⁶² El Universo, *Quiebra antiguo banco inglés*. 28 de febrero de 1995, p.A.4.

¹⁶³ Hoy, *Un inglés ordinario hizo temblar la libra*. 1 de marzo de 1995, p. A8.

¹⁶⁴ El Universo, *Detienen al causante de la quiebra del banco Barings*. 1 de marzo de 1995, p.A.10.

El Grupo ING holandés concertó un pacto para adquirir Barings, una semana después de que el Banco inversionista más antiguo de Gran Bretaña tuviera que declararse en quiebra, bajo el peso de sus enormes deudas.

ING, compañía bancaria y de seguros, recibe al Barings por la cantidad simbólica de 1,65 dólar, acordando asumir todos sus activos y pasivos, retener los 4.000 empleados de la compañía, y continuar usando el nombre de Barings¹⁶⁵.

Vista la experiencia vivida por este banco londinense, las autoridades de control financiero deberán poner todas las regulaciones posibles a fin de evitar que se produzcan situaciones como la comentada, que no solo puso en riesgo el capital del banco, sus accionistas, clientes, sino la estabilidad de las Bolsas de Valores de Europa y Asia, de modo que, las consecuencias por la quiebra repentina de una entidad financiera trae consecuencias no solo en la economía local sino que sus consecuencias no tienen fronteras.

3.11 OTRAS SANCIONES .

Cuando en una institución del sistema financiero sus directores, administradores, funcionarios o empleados infringiesen leyes o reglamentos que rijan su funcionamiento y dichas leyes o reglamentos no establezca una sanción especial, o en los casos en que contravinieren instrucciones impartidas por la Superintendencia de Bancos, esta impondrá una sanción de acuerdo a la gravedad de la infracción, la misma que no será menor de 50 UVCs y no excederá de 3.000 UVCs.

La reincidencia de la infracción de contravenir instrucciones impartidas por la Superintendencia de Bancos será de responsabilidad de la entidad.

Igual sanción se impondrá cualquier persona o institución que sin tener la calidad de institución del sistema financiero, cometiese infracciones a esta Ley, sus reglamentos o instrucciones impartidas por la Superintendencia, cuando tales infracciones no tuviesen sanción específica.

Los fondos por las multas que imponga la Superintendencia de Bancos de conformidad con la Ley, se destinará exclusivamente para la terminación de los locales escolares que se encuentren inconcluso en el área rural a cargo de la DINACE.

Para el cobro de las multas la Superintendencia de Bancos podrá hacer uso de la jurisdicción coactiva o podrá solicitar al Banco Central del Ecuador, debite de las cuentas de las entidades del sistema financiero, los valores que corresponden a esas multas.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, fija el valor de las multas en Unidades de Valor Constante UVC, que se establecen de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor IPC, por los posibles consecuencias que puede tener en el valor de las UVCs, haré, a continuación, un pequeño análisis respecto del IPC en relación a estas unidades de valor.

¹⁶⁵ El Universo, *Grupo Holandés compró Barings*. 7 de marzo de 1995. p.A4.

El cálculo mensual del IPC implica un vasto y complejo trabajo de compras, de medición de bienes y de encuestas de precios, realizado semana a semana en las doce ciudades del país comprendidas por este indicador. Si esta labor -decisiva para los resultados de dicho índice, lo mismo que el procesamiento electrónico de la información recogida- tiene fallas de procedimiento y de control, sus resultados serían sesgados y menos representativos de la realidad de lo que una buena técnica estadística puede garantizar.

Resultados fallidos del IPC implican, sin duda, serios perjuicios para ser múltiples usuarios nacionales e internacionales, privados y públicos, y una apreciación falsa de las características de la evolución económica y financiera que puede inducir a medidas y a políticas económicas y sociales equivocadas e ineficaces para los objetivos gubernamentales.

Desde que se establecieron en el país las unidades de valor constante(UVC) -instrumento financiero destinado a incentivar el ahorro y a facilitar la inversión- el IPC se hizo más trascendente, ya que en base de sus resultados mensuales, se establece el valor diario de dichas unidades. Un error en el IPC implica pérdidas y/o ganancias financieras importantes para ahorradores, inversionistas y para el sistema financiero.

En tanto estos agentes duden de la validez técnica del IPC, frenan sus motivaciones para manejar aquella clase de unidades, y tienden a cubrirse de riesgos y pérdidas operándolas con tasas de interés más elevadas que si confiarían en aquel índice de precios y pudieran pronosticar con relativa certeza su evolución dentro de las características del proceso inflacionario nacional.

De ahí la importancia de la transparencia de la labor, de los resultados y de las explicaciones del INEC sobre el IPC. La información confiable de este indicador y su apropiado empleo, redundan, sin duda, en beneficio de los agentes económicos, de las autoridades gubernamentales y de la opinión pública, como ocurre en las economías seriamente informadas y educadas en el uso de índices y otros indicadores estadísticos.

Con el fin de evitar la corrupción y de mantener la independencia, idoneidad y transparencia en sus funciones, el Superintendente de Bancos, los funcionarios y empleados de esa Entidad, no podrán recibir, directa o indirectamente, de las instituciones sometidas a su control, ni de sus administradores o empleados, suma alguna de dinero u otra cosa de valor, como obsequio o a cualquier otro título, la violación a esta prohibición configurará el delito de cohecho¹⁶⁶, reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a doscientos sucres, a más de restituir el triple de lo percibido¹⁶⁷.

3.12 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

Todas las infracciones a las que se hace referencia la Ley General de Instituciones del Sistema

¹⁶⁶ Art. 190 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁶⁷ Art. 285 del Código Penal.

Financiero, prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se hubiese cometido el hecho u ocurrido la omisión¹⁶⁸.

Este plazo será de seis años, si se hubiese actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia de Bancos con los hechos cometidos u omitidos.

La prescripción se suspenderá desde el momento en que la Superintendencia imponga la multa respectiva.

Debe entenderse que los plazos para la prescripción de la acción serán únicamente para los eventos consignados en esta Ley y no, para los casos en que ella, se remite a otros textos, como el Código Penal, ya que la estafa, falsificación, peculado, etc., tienen plazos de prescripción y formas de interrumpirlas diferentes a los que consigna este cuerpo legal, por lo que considero que en tales casos habrá de aplicarse lo dispuesto en los Arts. 101 y 257 del Código Penal.

Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala, en el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se debe observar de manera especial, si se ha iniciado o no el enjuiciamiento¹⁶⁹, se interrumpe tanto la acción como la pena por el hecho de cometer el reo otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción¹⁷⁰.

COMENTARIO FINAL.

Como comentario final podemos decir que, la Ley General del Instituciones del Sistema Financiero, introduce importantes elementos para la formación del Derecho Penal Económico, como es el establecimiento de responsabilidad por la comisión de infracciones a las personas morales o personas jurídicas. Para esta Ley las instituciones del sistema financiero son consideradas sujeto activo de infracción y por lo mismo susceptibles de sanción administrativa, de paso diremos que las sanciones pecuniarias son elevadas, por lo que su efecto disuasivo si podrá ser efectivo.

Las multas o sanciones patrimoniales que se impongan a los representantes o funcionarios de una entidad del sistema financiero, pueden ser establecidas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que el Juez de lo Penal establezca, o de la responsabilidad administrativa que determine la Superintendencia de Bancos quien puede resolver la destitución o remoción de Gerente, Presidente, Vicepresidente, representante legal, gerente, subgerente, funcionario o empleado, que se encuentre involucrado en alguna infracción violatoria de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, sin que por ello, exista posibilidad de reclamar indemnizaciones o el reconocimiento de estabilidad laboral.

Las sanciones que la Ley prevé son de varias clases: administrativas y penales, entre cuales están las de privación de la libertad, multa, remoción, liquidación forzosa, etc.

¹⁶⁸ Art. 138 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

¹⁶⁹ Art. 101 Código Penal.

¹⁷⁰ Art. 108 Código idem.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece tratamientos diferentes para delitos incluidos en el Código Penal, al cual se remite en algunos casos, este tratamiento diferenciado esta dado por los efectos que produce la comisión de estos delitos dentro del sistema financiero, tales como la falsificación de balances, adulteración de operaciones financieros, la estafa, etc., en que a más de la sanción de privación de libertad se prevé la imposición de multas en cuantías sumamente altas, y para evitar que con el transcurso estas multas vayas perdiendo su importancia económica, han sido creadas en Unidades de Valor Constante.

CAPÍTULO IV

CASO DEL BANCO DE LOS ANDES.

INTRODUCCIÓN.

Para empezar el desarrollo de este tema, considero conveniente, a manera de introducción, incorporar un artículo de prensa, publicado en uno de los periódicos más importantes del país, cuyo autor analiza la situación por la que atravesó el Banco de los Andes, y lo hago, porque pienso que son los periodistas, los que de alguna manera, van expresando cual es el sentido popular frente a los hechos cotidianos.

La quiebra del Banco de los Andes¹⁷¹

La codicia que rompe el saco y la falta de una eficiente y oportuna vigilancia del sistema bancario-financiero, produjo la desaparición del Banco de los Andes, que sus accionistas perdieran el aporte de sus capitales y que nuevamente se produjeran estos escándalos financieros en el país, cuando aun se recuerda la desaparición en Guayaquil de tres respetables instituciones bancarias con numerosos cuentacorrentistas, ahorristas y valiosos activos, como consecuencia de la codicia de sus directivos responsables que prefieren el enriquecimiento ilícito que conservar con valor y orgullo las prendas que heredaron de sus mayores.

Por supuesto, entonces como ahora, se registraron fallas del sistema de vigilancia de la Superintendencia de Bancos, que no aplicó con oportunidad las medidas que exigían las circunstancias. Incluso, estas instituciones estuvieron previamente intervenidas pero interventores de la Superintendencia de Bancos resultaron incapaces en el cumplimiento de sus deberes o se convirtieron en dóciles servidores de los infractores que quebraron finalmente tres instituciones bancarias guayaquileñas, perjudicando a los accionistas. Los responsables escaparon a la acción de la justicia como ha ocurrido hasta ahora.

En el caso reciente del Banco de Los Andes, igualmente, la quiebra de esta institución, cuya matriz estaba en Quito, con accionistas de la sierra, había logrado un importante crecimiento, pues funcionaba con 30 oficinas entre sucursales y agencias, en diez ciudades ecuatorianas, contando con 177 mil depositantes entre cuentacorrentistas y ahorristas en los varios tipos que contempla la ley.

Pero de pronto, de acuerdo con las informaciones publicadas, el Banco registró dificultades financieras y con la ayuda de las autoridades económicas obtuvo dos préstamos de 26 mil millones de sucres cada uno del Banco Central del Ecuador o sea en total 52 mil

¹⁷¹ El Expreso, *La quiebra del Banco de los Andes*, De la Huerta. 14 de septiembre de 1994.

millones, con plazos previamente fijados y con la garantía de acciones del mayor accionista de la institución. La brecha que se había producido era muy profunda y entonces no pudo pagar a su vencimiento la ayuda facilitada. Fue entonces, cuando se estableció que no había otra salida que la fusión del Banco con otro que estuviera en condiciones de hacerlo financieramente que tampoco resultó.

Fue así, como apareció FILANBANCO que absorbió al Banco de Los Andes, adquiriendo sus Activos y Pasivos y asumiendo las consiguientes responsabilidades del Banco que se extinguía definitivamente, abriendo un hoyo profundo en la confianza y seguridad públicas para las inversiones. Está muy claro, que la causa principal de la desaparición del Banco de Los Andes, obedeció a operaciones chuecas, a la concentración de sus recursos en 30 o más empresas de propiedad mayoritaria del Presidente Ejecutivo y Gerente General, Contralmirante Dueñas que, de pronto, seducido por la codicia, resolvió enriquecerse ilícitamente, abandonando los principios de una moral profesional que debe caracterizar a un banquero, a un financista y a un empresario en general, porque, está manejando, administrando, los recursos que la comunidad puso en sus manos, bajo su responsabilidad. De las informaciones recaudadas y publicadas, el gran ejecutivo se creyó el dueño del Banco y actuó a su saber y entender con los fatales resultados que conocemos.

Las accionistas, que de buena fe, sumaron sus economías y ahorros, para constituir el banco de Los Andes, con el gran objetivo de lograr un impulso para el desarrollo de importantes iniciativas nacionales, hoy son víctimas de un desafuero financiero que los ha privado de sus recursos aportados con entusiasmo y buena fe. Pero no ha pasado nada. El responsable es poderoso y escapará a la acción de la justicia, como en todos los casos anteriores en que han quebrado empresas financieras, bancos, cooperativas, mutualistas, asociaciones de ahorro, etc., porque la justicia no es para los de frac y chistera.

Refiriéndose a este escandaloso hecho de la quiebra del banco de Los Andes, el Superintendente de bancos Dr. Ricardo Muñoz Chávez ha exclamado: Es hora de que los banqueros se hagan más responsables y serios en el manejo de la banca, puesto que el pueblo ecuatoriano no tienen por qué pagar esos errores. Llama errores al enriquecimiento ilícito, mediante la concentración del crédito en compañías de su propiedad. Por supuesto que la responsabilidad de la Superintendencia de Bancos es de una claridad meridiana, porque no actuó con la oportunidad que debió hacerlo."

CRONOLOGÍA DE UNA QUIEBRA

17 de julio de 1992: La Dirección Nacional de Investigaciones y la Jefatura Provincial de Interpol de Pichincha entregan el informe de la Operación Ciclón. En uno de los tipos de

infracción se precisa: destinación de bienes para depósito en el Banco de los Andes.

3 de octubre de 1993: El Superintendente de Bancos, Ricardo Muñoz Chávez, habla de "insinuaciones vagas" sobre posibles implicaciones de clientes del Banco de los Andes con el narcolavado. "El Banco de los Andes ha dado todas las facilidades para que se realicen las investigaciones", dice Chávez.

2 de noviembre de 1993: El Fiscal General, Fernando Casares culpa a Muñoz Chávez de mantener una actitud sospechosa frente a supuestas operaciones realizadas con el narcolavado en el Banco de los Andes. Casares acusa al Superintendente de permitir que el Banco de los Andes se niegue a proporcionar información necesaria para la investigación sobre blanqueo de dólares provenientes del narcotráfico.

La denuncia consiste además en que el banco en mención ha impedido se cumpla la diligencia judicial ordenada por él.

5 de noviembre de 1993: El Banco de los Andes, a través de su mayor accionista, Guillermo Dueñas, se opone a la investigación de sus operaciones.

26 de noviembre de 1993: Guillermo Dueñas niega rotundamente los cargos que se le imputan a la institución financiera por él representada, sobre lavado de dólares.

10 de noviembre de 1993: El Banco de los Andes propone querellas criminales contra el Ministro Fiscal General, Fernando Casares, por haber incurrido en injurias a la institución bancaria, con insinuaciones pública de lavado de dólares proveniente del narcotráfico.

21 de junio de 1994: El Intendente General de Policía de Pichincha, Boanerges Villagómez, dicta auto cabeza de proceso y ordena la detención de Guillermo Dueñas y del Procurador Jurídico del Banco de los Andes, Gonzalo Huidrobo, acusados de vinculación con narcolavado de dinero.

22 de junio de 1994: La Junta Monetario autoriza al Banco Central entregar al de los Andes un crédito de emergencia por 26 mil millones de sucres, para enfrentar la corrida de depósitos que podía enfrentar debido a la captura del principal ejecutivo del Banco de los Andes.

5 de julio de 1995: La Junta Monetaria autoriza la concesión de un crédito de 26 mil millones para solventar los problemas de liquidez del Banco de los Andes.

Julio de 1994: El Grupo Continental realiza una propuesta de compra al Banco de los Andes, pese a lo avanzado de las negociaciones la propuesta se desestima.

6 de agosto de 1994: Guillermo Dueñas niega la venta del Banco de los Andes al Grupo Continental. Los accionistas principales del banco aceptan un crédito subordinado por 46 mil millones de sucres de la banca privada. Esta posibilidad fue negada, pues algunos bancos privados se negaron a otorgar el crédito.

13 y 14 de agosto de 1994: Se reúne la banca privada, las autoridades monetarias y los directivos del Banco de los Andes para acordar una nueva solución ante la inminente

liquidación del Banco. Luego de casi 16 horas de negociaciones y de analizar 7 ofertas para comprar el Banco de los Andes, se adjudica la compra al Filanbanco por 424 mil millones de sucres.

4.1 DENUNCIA EN CONTRA DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL BANCO DE LOS ANDES.

El 21 de Junio de 1994, el Dr. José García Falconí, Ministro Fiscal de Pichincha, comparece ante el Intendente General de Pichincha con la excitativa fiscal tendiente a que se inicie juicio penal en contra de los personeros del Banco de los Andes y otros porque se presume que en esa entidad bancaria, se ha procedido al blanqueo de dinero proveniente de narcotráfico.

La excitativa fiscal tiene como antecedente las conclusiones del informe ampliatorio Nro. 098-JEPEIP-CP1-92 de la Jefatura Provincial de Interpol de Pichincha, del resultado de las investigaciones realizadas en el Banco de los Andes C.A. y Banco de los Andes Monserrat Ltd., el Fiscal precisa lo siguiente:

- 1.- Que resulta totalmente comprobable y por tanto irrefutable, que el dinero utilizado para la apertura y movimiento de las cuentas Nros. 121-89001 y otras investigadas y relacionadas con la banda narcodelictiva liderada por Jorge Hugo Reyes Torres, es el Banco de los Andes Monserrat Ltd., la institución bancaria extranjera, en la cual Jorge Hugo Reyes Torres tenía depositado su dinero.
- 2.- Que Jorge Hugo Reyes Torres utiliza los dineros depositados en dichas cuentas, dineros de su propiedad, para sufragar sus gastos personales, no obstante que dichas cuentas aparecen con el nombre de otras personas, que son simples trabajadores, testaferros y chofer del líder del narcotráfico, quienes por estar íntimamente vinculados con el verdadero dueño del dinero prestan su nombre y contingente para blanquear dinero, no sólo de persona a persona sino de banco a banco, pues Leonor Hidalgo moviliza el narco dinero del Banco de los Andes C.A. y del Banco de los Andes Monserrat Ltd. hasta el Banco Rumiñahui.
- 3.- Que el informe presentado demuestra el origen del narcotráfico, del dinero lavado en el Banco de los Andes y del Banco de los Andes Monserrat Ltd. que es propiedad del jefe de la banda delincuencia Jorge Hugo Reyes Torres, quien recibió la cooperación para el lavado del dinero y la transferencia del mismo por parte de testaferros como: ..., todos ellos constan como trabajadores de Jorge Hugo Reyes Torres con sueldo bajos e ínfimos que jamás pudo haberseles permitido como ha sucedido en la realidad, transacciones bancarias por varios millones de dólares.
- 4.- Que con la ayuda y cooperación indispensable de funcionarios y empleados de los bancos aludidos se utilizaba para estos ilícitos nombres y apellidos tomados al azar, se inventaba identidades y cédulas de ciudadanía en los documentos de soporte de estas transacciones bancarias. Los autores del narcotráfico, señala el Ministro Fiscal, en la excitativa que venimos haciendo referencia, no solo que procedían en estas instituciones bancarias como ellos querían, sino que tenían la cooperación inmediata de los ejecutivos del Banco de los Andes y del Banco de los Andes Ltd., para en los documentos bancarios respectivos alterar firmas de personas

fechas y número de cédula de ciudadanía.

En el blanqueo de estos dólares, el narcolavado aparece con la colaboración de funcionarios y empleados de las tantas veces mencionadas instituciones bancarias como en el Contralmirante en Servicio Pasivo Guillermo Dueñas, Doctor Gonzalo Huidrobo, Vicente Galarza, Angelina Scarnio, Catalina Arroyo, y los auditores de ese entonces, cuyos nombres y apellidos no se indican en el informe quienes para favorecer este narcolavado violaron leyes, reglamentos y más disposiciones legales y lo que es más impidieron la investigación por parte de la policía para ofrecer la impunidad de estas infracciones conforme consta a fojas 250 del informe.

5.- Es de notarse, señala el Ministro Fiscal, que las afirmaciones sobre responsabilidades de funcionarios y empleados de los bancos y del organismo encargado de supervigilar las actividades bancarias del país, consta precisado en el informe policial a fojas 276-277: "flagrante a la vez que evidente la responsabilidad; así como igualmente irrefutables las transgresiones administrativas, bancarias, penales y de otra índole cometidas por ciertos funcionarios del Banco de los Andes Montserrat Ltd. y del Banco de los Andes C.A. ... para la captación de divisas extranjeras, cambios de dichas monedas, mandato e intermediación financiera, emisión y entrega de cheques, emisión de certificados de depósitos Call o a la vista y depósitos a plazo ... negligencia e inoperancia que hace extensiva inclusive a los organismos encargados de la supervisión y control de las entidades bancarias, PUES HAN DEJADO ABSOLUTAMENTE DE EJERCER LAS ATRIBUCIONES PREVISTAS EN LA LEY DE BANCOS Y CONEXAS VIGENTES AL TIEMPO DEL COMETIMIENTO DE ESTOS DELITOS... al descubrimiento de todos los ilícitos cometidos, pretendiendo más bien obstaculizar, presionar e inculpar al Gobierno Norteamericano como lo hizo el Presidente Ejecutivo y Gerente General del Banco de los Andes.¹⁷²

6.- En la excitativa fiscal se hacen referencia a varias transacciones realizadas por personas que no teniendo una gran capacidad económica realizaban operaciones bancarias por algunos millones de dólares, cuyos nombres y apellidos son omitidos en este trabajo por considerarlos que no son necesarios.

Con este antecedente y recogiendo en su integridad la excitativa fiscal, el Intendente de Policía de Pichincha, en el mismo día, 21 de junio de 1994 y después de cincuenta y cinco minutos de haber recibido la excitativa señalada, a la que se adjuntaron miles de folios que constituían decenas de cuerpos, dicta autocabeza de proceso¹⁷³ en contra de los personeros del Banco de los Andes C.A. y otros, disponiendo la prisión preventiva de todos ellos.

En síntesis, el Informe de la Policía, la excitativa fiscal y el autocabeza de proceso dictado por el Intendente de Policía, concluyen lo siguiente:

a) Que el dinero utilizado para la apertura y movimiento de las cuentas 12-89001/2/4/5/6/7/6/12/13, 121-8901/30/47, 121-10421/871/11474/673 en el Banco de los Andes Montserrrate Ltd. es de propiedad de Jorge Hugo Reyes Torres y es producto de las

¹⁷² Excitativa Fiscal, fs. 2100 Juicio que se tramita en el Presidencia de la Corte Superior de Quito en contra del Contralmirante Guillermo Dueñas.

¹⁷³ Fs. 2106-2109v. Juicio idem.

actividades de narcotráfico.

b) Que el Banco de los Andes Montserrate Ltd. es la institución bancaria extranjera en la cual Jorge Hugo Reyes Torres ha tenido depositado sus dineros.

c) Que estas cuentas aparecen en nombre de otras personas: Glenia Piedad Torres Cueva, Rodrigo Berrú y Raúl Reyes Torres, quienes ganaban sueldos miserables que no les permitían efectuar operaciones por varios miles de dólares.

d) Que Jorge Hugo Reyes Torres y sus familiares han sido los beneficiarios de estos dineros, utilizando a testaferros y gestores quienes han prestado su nombre y contingente para blanquear el dinero, movilizándolo desde el Banco de los Andes C.A. y el Banco de los Andes Monserrat Ltd. hasta el Banco Rumiñahui.

e) Que con la ayuda y cooperación indispensable de funcionarios y empleados de los Bancos aludidos, se han utilizado para estos ilícitos:

- Nombres y apellidos tomados al azar.

- Se han inventado identidades y cédulas de ciudadanía en los documentos de soporte de esas transacciones bancarias.

- Se han alterado firmas de personas y fechas.

f) Que el delincuente más buscado por la Policía y Justicia Ecuatorianas Reynaldo Zamora, alias "el Rey Zamora" ha comprado al Banco de los Andes US 30.289,53 dólares para incrementar la cuenta de Glenia Piedad Torres en el mismo banco, que permite el regreso del dinero "ya lavado" a favor de Glenia Piedad Torres Cueva.

g) Que en el blanqueo de estos dólares son irrefutables las transgresiones administrativas, bancarias, penales y de otra índole cometidas por ciertos funcionarios del Banco de los Andes Monserrat Ltd. y del Banco de los Andes para la captación de divisas extranjeras, cambios de dichas monedas, mandato e intermediación financiera, emisión y entrega de cheques, emisión de certificados de depósito Call o a la vista y depósitos a plazo.

En un operativo especial miembros de la Policía Nacional detuvieron, el mismo 21 de junio de 1994, al Gerente del Banco de los Andes, Contralmirante (R) Guillermo Dueñas, y a sus principales ejecutivos; este hecho fue informado en grandes titulares por los medios de comunicación a todo el país, con la imputación del delito de lavado de narcodólares.

El Presidente del Directorio del Banco de los Andes, Ing. Galo Montaña Pérez, aseguró que la solidez de la entidad bancaria y el profesionalismo de todos sus ejecutivos y empleados son garantía suficiente para que los clientes del mencionado banco tengan la certeza de que todos sus requerimientos transnacionales serán atendidos con absoluta normalidad, esta declaración, la formuló al siguiente día de producirse la captura del Gerente General y varios funcionarios

del Banco de los Andes.¹⁷⁴ En igual sentido se pronunció, a través de la prensa, mediante remitidos publicados en todo el país el Directorio del Banco de los Andes, asegurando que dicho banco, "jamás a ejecutado acto alguno que pueda merecer reproche jurídico; al punto que la Superintendencia de Bancos, a través de una serie de minuciosos exámenes -particularmente intensivos durante los dos últimos años- ha verificado la corrección y rectitud de los procedimientos del Banco de los Andes".¹⁷⁵

El Superintendente de Bancos, hizo un llamado a los 170.000 depositantes que a la fecha de los acontecimientos tuvo el Banco de los Andes en todo el país para que mantuvieran la calma y confianza, porque ni la solvencia ni la liquidez inmediata de esta institución bancaria están afectadas. "El grueso del sistema bancario del país es manejado con mucha seriedad pero en el caso de los Bancos de los Andes son 145 mil millones de sucres los que hay en depósitos, a la vista sea en ahorro o en cuentas corrientes, ellos tienen fondos disponibles en un monto de 45 mil millones de sucres, con una cartera calificada con más de 170 mil millones de sucres que en el supuesto caso de que se quisieran hacer retiros el Banco Central proveería los fondos."¹⁷⁶

Apuntó que las investigaciones realizadas periódicamente por la Superintendencia de Bancos sobre el Banco de los Andes no registran operaciones legales en el manejo institucional y se demuestra que la situación solvencia de la entidad es sólida.

Destacó que pese a la detención de los ejecutivos del banco no se ha registrado nerviosismo entre los clientes y las operaciones se han desarrollado normalmente.

Manifestó, el Superintendente de Bancos que, "no creo que el Banco de los Andes esté implicado en el lavado de dinero", pero existen acusaciones que vienen desde los años 1989 y 1990, sin implicaciones en las operaciones de la institución.

Las cuentas de los narcolavadores identificados como consecuencia de la operación ciclón, fueron cerradas en 1991, por iniciativa del Presidente Ejecutivo Guillermo Dueñas y, sobre este caso, la Superintendencia tuvo especial preocupación, añadió.¹⁷⁷

Como consecuencia de la captura de los ejecutivos del Banco de los Andes el natural nerviosismo de sus depositantes y clientes hizo que éstos procedieran a retirar sus dineros de dicha entidad bancaria, por lo que fue necesario que, el Superintendente de Bancos exhorte a los entes financieros del país a mantener la calma y tranquilidad. Recalcó que los depositantes del Banco de los Andes deben mantener la calma, ya que se podrán regularizar las operaciones en corto tiempo. No deben los depositantes, dijo, dejarse llevar por rumores, la nueva Ley de Instituciones Financieras prevé posibilidades para que la propia banca en un momento dado pueda dar su apoyo para, que no se tenga que llegar a la liquidación de un Banco que atraviesa situaciones de emergencia. El Banco Central del Ecuador también puede y debe dar sus recursos de tal manera que no se justifica el que por los rumores que se dan se desestabilice al

¹⁷⁴ El Telégrafo, *Garantizan Liquidez de Banco de Los Andes*, 23 de junio de 1994.

¹⁷⁵ El Telégrafo, *EL DIRECTORIO DEL BANCO DE LOS ANDES A LA COMUNIDAD*, A-9, 24 de junio de 1994

¹⁷⁶ El Mercurio, *Normalidad en Bancos*, 23 de junio de 1994.

¹⁷⁷ El Universo, *Superintendencia controla Banco Los Andes*, 23 de Junio de 1994.

banco y se pueda causar un perjuicio.¹⁷⁸

A través de remitido publicado por la prensa¹⁷⁹ el Directorio del Banco de los Andes da ha conocer varios hechos, entre ellos que el Informe Policial se refiere a transacciones ocurridas entre mayo de 1989 y agosto de 1991; que el Banco de los Andes no recibió depósito de dólares en efectivo, los dineros ingresaron a través de cheques o transferencias procedentes de bancos extranjeros y nacionales, respecto de los cuales no cabría sospecha alguna, en consecuencia señalan que el dinero no se originó en el Banco de los Andes y no ingresó en efectivo.

Que las cuentas se cerraron un año antes de que se efectúe la Operación Ciclón, en junio de 1991 cuando se produjo un cambio en la administración en el Banco de los Andes Internacional y el Directorio llegó a tener conocimiento de la existencia de cuentas que no merecían su aceptación, ordenó que dichas cuentas fueran cerradas hasta los primeros días de agosto de 1991. El Directorio canceló al Sr. Diego Rivadeneira quien había venido actuando como gerente entre otras razones por haber presentado falsa información.

Que el Banco de los Andes ha sido exhaustivamente investigado, luego de que se realizó la Operación Ciclón, la Superintendencia de Banco ordenó el bloqueo de las cuentas de varias personas, de las que la Policía Nacional aseveró en julio de 1992 ser testaferros; de los varios miles de millones de sucres que se bloquearon en toda la Banca, el Banco de los Andes únicamente era depositario de S/. 10'504.116.07. Posteriormente la Superintendencia de Bancos en noviembre de 1992 dispuso una nueva investigación, que condujo a las mismas conclusiones sobre la corrección de las transacciones; por su parte, en el Banco de los Andes Internacional se analizaron las mismas cuentas por parte de las autoridades inglesas de supervisión de la Isla, y la conclusión fue "que luego de un profundo escrutinio los depósitos provenían de transacciones del negocio enmarcadas dentro de los servicios de un banco off-shore".

Que el Banco de los Andes concedió toda la información que requirió la Superintendencia de Bancos así como, la información que le solicitó respecto del Banco de los Andes Internacional del cual no estaba legalmente obligado a proporcionarle, con lo que demuestra el exceso de celo del Banco por colaborar con las autoridades.

Que de la simple lectura del Informe Policial se constata que no existe ninguna responsabilidad del Banco de los Andes ni de sus funcionarios.

En igual sentido el representante del Banco de los Andes fundamenta, ante el Juez de la causa los argumentos de su defensa.¹⁸⁰

Para resolver el incidente propiciado por el Contralmirante (r) Dueñas, quien alegaba que en razón de su jerarquía militar, no debía ser juzgado por el Intendente de Policía, sino que su

¹⁷⁸ Hoy, *Muñoz pide calma a los Bancos*, A-5, 25 de junio de 1994.

¹⁷⁹ El Comercio, *El Directorio del Banco de los Andes a la ciudadanía*, A-5, 27 de junio de 1994.

¹⁸⁰ Alegato presentado ante el Presidente de la Corte Superior de Quito dentro de el juicio que se tramita en su contra. fs. 2192-2204

Juez natural en función del fuero del cual es beneficiario era el Presidente de la Corte Superior de Quito, el Intendente remitió el proceso a la Corte Superior.

El Presidente de la Corte Superior de Quito, avocó conocimiento de la causa, declaró la nulidad de lo actuado por el Intendente, revocó en consecuencia el autocabeza de proceso dictado por el inferior y a su vez, dictó uno nuevo en donde no ordena la prisión preventiva en contra del personero y ejecutivos del Banco de los Andes, esta providencia judicial causó revuelo a nivel nacional y se generaron protestas por parte del Ministro General Fiscal, Congreso Nacional y Policía Nacional, hecho que fue recogido por la prensa en varios titulares: "Revuelo por libertad de Dueñas",¹⁸¹ "Complot jurídico",¹⁸² "Héctor Gavilánez será enjuiciado",¹⁸³ "Quedó libre Guillermo Dueñas",¹⁸⁴ "La justicia nuevamente en entredicho",¹⁸⁵ "Apuro en el caso del banco de los Andes",¹⁸⁶ "Policía no cuestiona el fallo en caso Banco de los Andes",¹⁸⁷ "Polémica Jurídica sobre la libertad del Calm. Dueñas".¹⁸⁸

El Contralmirante Dueñas nunca estuvo recluido en un Centro de Detención Provisional o en la Cárcel Pública, lo que preocupó a la ciudadanía es que este ejecutivo cumplió la orden de prisión preventiva en el lujoso Hospital Metropolitano y una vez que obtuvo la cuestionada revocatoria fue dado de alta. En este sentido, el Ministro Fiscal aseguró que "el tratamiento médico excelente así ameritó. Yo he conocido la calidad científica y técnica del Hospital Metropolitano y entiendo que esa es la razón para que Dueñas esté sano y bueno" dijo.¹⁸⁹

Después que se revocara la orden de prisión el Contralmirante (r) Dueñas anunció que se reintegra a sus funciones de Presidente Ejecutivo y Gerente General del Banco de los Andes, desvirtuó una vez más las acusaciones de narcolavado y señaló que él personalmente canceló las cuentas que consideró sospechosas. Sin embargo, sostuvo que otros Bancos del país mantuvieron y mantienen fuertes cantidades de dinero en cuentas pertenecientes a los Reyes. De igual forma dijo estar sorprendido porque a ningún otro banco se le ha investigado tanto como al Banco de los Andes y sin embargo nunca se encontraron pruebas para determinar que la institución bancaria haya participado en el narcolavado.

Durante este proceso, que se inicia con la excitativa fiscal a la que hemos referido, el Banco de los Andes sufrió un grave problema de iliquidez, ocasionado por el masivo retiro de depósitos de sus clientes, quienes de acuerdo con el natural nerviosismo que generan estas circunstancias extraordinarias retiraron sus recursos financieros de esa entidad bancaria, que había sido cuestionada por una investigación policial de haber cometido un delito relacionado con el

¹⁸¹ El Comercio, A-6, 10 de julio de 1994.

¹⁸² El Comercio, A-6, 7 de julio de 1994.

¹⁸³ El Comercio, A-2, 7 de julio de 1994.

¹⁸⁴ El Comercio, A-11, 5 de julio de 1994.

¹⁸⁵ El Telégrafo, A-8, 6 de julio de 1994.

¹⁸⁶ El Expreso, A-2, de 7 de julio de 1994.

¹⁸⁷ El Universo, A-4, de 8 de julio de 1994.

¹⁸⁸ El Universo, A-8, de 6 de julio de 1994.

¹⁸⁹ El Telégrafo, *Fiscal explica actuación en caso Bco. de los Andes*, A-6, 11 de julio de 1994.

narcotráfico y que consiste en el lavado de esos recursos de ilegal procedencia, que propicia un generalizado rechazo de la comunidad ecuatoriana.

La forma en que se desarrolló este problema de iliquidez será analizado en el siguiente punto.

4.2 PRÉSTAMOS CONCEDIDOS POR EL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS DE LIQUIDEZ DEL BANCO DE LOS ANDES.

La Comisión Ejecutiva de la Junta Monetaria en conocimiento de un informe reservado emitido por la Superintendencia de Bancos, el 22 de julio de 1994 de conformidad con el Art. 25 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en sesión de 22 de junio de 1994, autorizó al Banco Central del Ecuador para que conceda al Banco de los Andes C.A. un préstamo por una cantidad máxima de veinte y seis mil millones de sucres, con un plazo de 45 días, con la tasa de interés determinada en las regulaciones de la Junta Monetaria que se encuentran vigentes, para el evento de producirse retiro de depósitos que afecten la estabilidad de dicha institución bancaria, sujetos a las garantías determinadas expresamente por la Junta Monetaria.

El Art. 25 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado faculta a la Junta Monetaria o a su Comisión Ejecutiva autorizar la concesión de préstamos hasta por el plazo de 90 días, prorrogables por una sola vez, por igual plazo, en el caso de producirse retiro de depósitos que afecten la estabilidad de uno o más bancos privados, dicho préstamo se hará hasta por el monto del capital pagado, reserva legal y otras reservas de la entidad prestataria que considera la Junta Monetaria y con la garantía que para el efecto señale la misma Junta.

El Directorio del Banco de los Andes, en sesión del 22 de junio de 1994, es decir un día después de la detención del personero y ejecutivo de dicha institución, resolvió autorizar al Presidente Ejecutivo Encargado para que "comprometa el endoso de la Cartera del Banco de los Andes a favor del Banco Central del Ecuador, para la obtención de un préstamo que otorga esa institución para facilitar la liquidez del Banco".

Para garantizar el préstamo efectuado por el Banco Central del Ecuador, el Banco de los Andes entregó cartera a elección del Instituto Emisor, endosada por valor recibido por un monto equivalente al 125% del monto total del préstamo; los documentos son pagarés, avales, cesión ordinaria de derechos de contratos de mutuo, hipotecas de bienes inmuebles de propiedad del Banco de los Andes, títulos valores (Bonos de la Deuda Pública Interna, Bonos de Estabilización y Cédulas Hipotecarias), así como hipotecas y prendas de terceros y endoso de derecho de terceros.

Para el caso de las hipotecas otorgadas a favor del Banco Central del Ecuador, se requirió la autorización de la Superintendencia de Bancos, ya que de conformidad con lo dispuesto en la letra c del Art. 128 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el Banco de los Andes debía cumplir con esta solemnidad.

La decisión del Organismo Monetario, adoptada un día después de producida la detención o

captura del Contralmirante Guillermo Dueñas y de varios de los ejecutivos del Banco de los Andes fue para prevenir problemas derivados de dicha captura y que ocasionarían el retiro masivo de los depósitos de los clientes de esa entidad bancaria.

Una vez autorizada la concesión del préstamo, el Superintendente de Bancos, en base a las atribuciones conferidas en el Art. 182, letra f, de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero dispuso un programa de vigilancia preventiva, para cuyo seguimiento conformó un Comité de Gestión con funcionarios de la Superintendencia de Bancos, y del Banco Central, presidido por el Intendente General de Instituciones Financieras. El programa contiene una serie de medidas prudenciales enmarcadas en lo que dispone el Art. 144 de la mencionada Ley, que tienen por objeto garantizar el correcto destino de los fondos del préstamo del Banco Central y evitar un deterioro de la situación patrimonial del Banco de los Andes.

Estas normas prudenciales consistían, según lo dispuesto por el Superintendente de Bancos,¹⁹⁰ en ejercicio de la atribución concedida en el literal f) del Art. 182 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en lo siguiente:

- 1.- Los recursos provenientes del préstamo concedido por el Banco Central del Ecuador, serán utilizados solamente para atender el retiro de depósitos y no se destinarán a incrementar sus activos de riesgo o a otros fines ajenos al cumplimiento del objetivo de crédito.
- 2.- Mantener los niveles de patrimonio técnico de acuerdo a las normas vigentes o a las que en su momento se expidieren. En caso de no registrar esos niveles, se estará a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.
- 3.-- Constituirán las provisiones mínimas requeridas a efecto de cubrir los riesgos de incobrabilidad o pérdida del valor de los activos.
- 4.- Cumplir con lo exigido en los Art. 72, 73 y 74 del Cuerpo Legal invocado, referente a los límites de crédito a concederse a las personas naturales o jurídicas, vinculadas o no.
- 5.- En caso de que el Banco presente utilidades se las repartirá de acuerdo a las instrucciones contenidas en el Art. 41 de la Ley. Adicionalmente no se podrán distribuir dichas utilidades mientras el banco registre deficiencias de encaje bancario y no se haya cancelado la totalidad del préstamo.
- 6.- En Banco de los Andes no abrirá nuevas oficinas mientras dure el programa de vigilancia.
- 7.- El Banco iniciará inmediatamente las acciones judiciales y extrajudiciales imprescindibles para recuperar la cartera vencida.
- 8.- El Banco se obligará a presentar a la Superintendencia de Bancos toda la información de las operaciones activas, pasivas y contingentes del grupo financiero, que se requerirá para evaluar en forma integral la situación de las entidades financieras que conforman el grupo, en forma individual y consolidada.

¹⁹⁰ Oficio SB-94-0668, de 28 de junio de 1994, dirigido por el Superintendente de Bancos al Presidente Ejecutivo del Banco de los Andes.

9.- La entidad se comprometerá a presentar al Organismo de Control un flujo de efectivo proyectado semanalmente, su estado de cumplimiento en el período siguiente, así como un estado de cambios en la posición financiera y esquema de desfase de plazos que contengan cuentas de activos y pasivos clasificados por sus vencimientos, con frecuencia quincenal.

10.- En un plazo no menor a 90 días el Banco de los Andes debía entregar un proyecto de manual administrativo y control interno, que incluya acciones tendientes a reforzar su evaluación de operaciones.

La estrategia diseñada por la Junta Monetaria y por la Superintendencia de Bancos para enfrentar el problema presentado consistió, como hemos dejado consignado, en un préstamo de liquidez del Banco Central y en la imposición de un programa de vigilancia preventivo hacer seguido por el Comité de Gestión

Aún cuando el Superintendente de Bancos, el Gerente del Banco Central del Ecuador, la Presidenta de la Junta Monetaria, y el Presidente Ejecutivo del Banco de los Andes a través de los medios de comunicación informaban que no existía retiro masivo de depósitos en el Banco de los Andes, que se llamaba a la calma y a la tranquilidad a los depositantes y clientes del Banco, ocurrió lo que en estos eventos suele suceder, esto es que los clientes procedieron a retirar el dinero que tenían depositado en el Banco de los Andes.

Entre el 23 de junio de 1994 y el 1 de julio de 1994 mediante doce desembolsos el Banco de los Andes utilizó la totalidad del préstamo autorizado por la Comisión Ejecutiva de Junta Monetaria, esto es 26 mil millones de sucres.

La primera línea de crédito, al 5 de julio de 1994 estaba prácticamente agotada. El interés de la autoridad monetaria era que se normalice el problema de liquidez en forma ordenada sin contagio al resto del sistema financiero. La decisión de autorizar una segunda línea de crédito la adoptó la Junta Monetaria en sesión de 5 de julio de 1994 en conocimiento de la solicitud formulada por el representante legal del Banco de los Andes de 4 de julio de 1994, la información que tenía el Organismo Monetario, a esa fecha, era que el Banco de los Andes C.A. no afrontaba un problema de solvencia, sino de liquidez, y porque la administración del Banco de los Andes C.A. aceptó por escrito condicionamientos adicionales que le impuso la Junta Monetaria para asegurar el buen uso de los recursos dados a mutuo y para fortalecer la posición financiera del Banco de los Andes C.A. a través de levantar mayores provisiones y aumento de capital.

Esta segunda línea de crédito fue autorizada en base de lo que dispone el Art. 24 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que faculta a la Junta Monetaria a que sólo en caso de falta de liquidez de los Bancos Privados o de los demás establecimientos de crédito del sistema financiero privado controlados por la Superintendencia de Bancos, podrá autorizar al Banco Central la concesión de créditos a un plazo máximo de 60 días, con garantía de documentos calificados como elegibles o mediante la cesión por endoso de documentos de su cartera.

Esta autorización fue otorgada sujeta a varias condiciones impuestas por la autoridad monetaria las que son:

I. CONSTITUCIÓN DE PROVISIONES.

El Directorio del Banco de los Andes debía aumentar, en un plazo mayor de tres días a partir del 5 de julio de 1994, el nivel de provisiones en 16.883 millones de sucres del siguiente modo:

- 1.- 3.951 millones de sucres con cargo a la cuenta de resultados del primer semestre del 1994; y,
- 2.- 12.932 millones de sucres con cargo al patrimonio contable.

II. ELIMINACIÓN DE DEFICIENCIA PATRIMONIAL

El Banco de los Andes en un plazo no mayor de tres días debía presentar un programa para eliminar la deficiencia de patrimonio técnico. Dicho programa se ejecutaría del siguiente modo:

- 1.- La mitad de la deficiencia sería cubierta por el Banco de los Andes C.A. en un plazo no mayor a treinta días a partir del 5 de julio de 1994.
- 2.- El resto de la deficiencia patrimonial se cubriría por el Banco de los Andes C.A., en un plazo máximo de 90 días a partir del 5 de julio de 1994, conforme al programa que, para el efecto, debía presentar el Banco de los Andes C.A.
- 3.- Los aspectos operativos y técnicos de este esquema serían establecidos por el Comité de Gestión nombrado por la Superintendencia de Bancos para el seguimiento del programa preventivo, aceptado por el Banco de los Andes al amparo del Art. 182, letra f) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

III VIGENCIA DEL PROGRAMA DE VIGILANCIA PREVENTIVO

En tanto se resuelva la situación del Banco de los Andes, el programa de vigilancia preventivo que se emitió para la primera línea de crédito seguiría operando durante esta segunda línea de crédito, hasta cuando se considere normalizada la situación de este banco.

A pesar de los préstamos concedidos, de los programas de vigilancia, de las estrategias diseñadas para superar la crisis del Banco de los Andes, esta no pudo ser resuelta a su favor, ya que el Comité de Gestión nombrado por la Superintendencia de Bancos al analizar las cuentas, balances, estados financieros, situación patrimonial, administrativa, operativa, etc., encontró varias inconsistencias que hicieron más difícil la posibilidad de salvar a esa entidad bancaria, como en el siguiente numeral pasamos a explicar.

4.3 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN FINANCIERA DEL BANCO DE LOS ANDES AL MOMENTO DE LA CRISIS.

El acceso a la información respecto de la situación patrimonial, de liquidez y administrativa del Grupo Financiero del Banco de los Andes, tanto en la Superintendencia de Bancos, Congreso Nacional y Junta Monetaria, para la realización de este trabajo, fue prácticamente imposible, debido a que ella ha sido calificada como reservada y por lo mismo no puede ser revelada.

Sin embargo, he podido conocer algunos informes del Comité de Gestión designado por la Superintendencia de Bancos, al momento de efectuar el primer préstamo concedido por el Banco Central del Ecuador para solventar los problemas de liquidez que atravesó el Banco de los Andes y a los cuales me he de referir en el desarrollo de este tema.

a) ANÁLISIS DE INDICADORES FINANCIEROS

El análisis de la situación financiera al 30 de junio de 1994, que realizó el Comité de Gestión, el 4 de julio de 1995, se basó tanto en el balance consolidado del grupo que incluye Banco de los Andes Ecuador, Leasing de los Andes, Fininco y Banco de Los Andes Internacional, como en los balances individuales. Vale anotar que para las comparaciones de la situación financiera del grupo del Banco de los Andes con la del sistema de bancos privados, utilizó datos de este último correspondientes a mayo de 1994.

El Comité de Gestión ha obtenido los principales indicadores para determinar la liquidez: calidad de los activos y la solidez patrimonial. La liquidez para el grupo, medida por la relación entre activos corrientes y pasivos corrientes, es de 1.4 veces, que se considera aceptable frente al promedio del sistema, que fue de 1.3 veces, en tanto que para el Banco de Los Andes Internacional es de 0.9 veces, lo cual es insuficiente para cubrir sus obligaciones inmediatas.

Como índices de calidad de activos se utilizan tres indicadores:

- i) Cartera vencida dividida para cartera total;
- ii) Provisiones para créditos incobrables divididas para la cartera total más contingentes; y,
- iii) Provisiones para incobrables divididas para cartera vencida.

Los tres índices reflejan niveles aceptables comparados con el sistema.

No obstante, señala el Comité, del análisis detallado de la cartera del grupo se establece una deficiencia de provisiones en el orden de 13 mil millones de sucres que, de cubrirse, elevaría el segundo índice de cobertura (provisión para incobrables dividido para cartera total más contingentes) a 5.3 %, equivalente a 3 veces el promedio del sistema.

La relación entre cuentas contingentes y activo total para el grupo es de 18.9% que, frente al 42.4% del sistema, demuestra que la posibilidad de que las cuentas contingentes se conviertan en obligaciones inmediatas es relativamente baja.

La relación del patrimonio frente al pasivo total es del 7.5% para el grupo comparado con el 13% para el total sistema, surgiendo una insuficiencia patrimonial.

El Banco de los Andes Internacional es la institución más vulnerable del grupo, tanto en liquidez como en calidad de activos.

B) CALIFICACIÓN DE CARTERA Y CONTINGENTES Y CONSTITUCIÓN DE PROVISIONES.

De acuerdo a lo establecido en la resolución de la Superintendencia de Bancos No. SB-94-1311 de 27 de abril de 1994, el Comité de Gestión, con la asistencia de la firma auditora externa del Banco (Peat Marwick) calificó la cartera y contingentes del grupo, con saldos cortados al 30 de junio de 1994, considerando los siguientes parámetros:

1.- Capacidad de pago del deudor, valorado en el 30%, según los siguientes elementos:

1.1 Fuentes de repago directamente relacionadas con el destino del crédito;

1.2 Situación financiera (índices de solvencia, liquidez y rentabilidad);

1.3. Cartera vencida; y,

1.4 Riesgo total del cliente con el grupo financiero.

2.- Experiencia crediticia, valorada con el 25%. Se calificó la historia crediticia del cliente con el banco y con el sistema financiero y el cumplimiento de los pagos, renovaciones e incrementos de los créditos.

3.- Garantías recibidas, valoradas con el 15%. Se revisaron garantías hipotecarias y prendarias, actualidad de los avalúos, perfeccionamiento legal y el índice de cobertura de las garantías frente al riesgo total del cliente.

4.- Capacidad gerencial, valorada con el 10%. Se evaluó las credenciales profesionales y experiencia de las administradores.

5.- Entorno, con una valoración del 10%. Se evaluó las perspectivas de la empresa dentro de su sector económico y la actividad económica nacional.

6.- Administración de crédito, con una valoración del 10%. Se evaluó la gestión del banco relacionada con el seguimiento y recuperación de sus créditos.

Sobre la base de la calificación obtenida, se clasificó la cartera en las siguientes categorías de riesgo y se establecieron los niveles mínimos de provisiones requeridas, conforme a la metodología utilizada por la Superintendencia de Bancos, que se resume en el cuadro a continuación.

PorcentajeCalificaciónCategoríaProvisión mínima

93 a 100	AR.Normal	0%
79 a 92	BR.Potencial	3%
62 a 78	CDeficiente	20%
27 a 61	DDudoso recaudo	50%
0 a 25	EPérdidas	100%

Al 30 de junio de 1994, el saldo total de cartera comercial ascendió a 333.010 millones de sucres, que comprende los activos del Banco de los Andes Ecuador, Internacional y Fininco. Para la calificación, de este total se seleccionaron los deudores con deudas individuales superiores a 1000 millones de sucres, los cuales representan en conjunto 238.431 millones de sucres, es decir el 72% del total de la cartera comercial, requiriéndose para este valor provisiones por 19.534 millones de sucres. Para el resto de la cartera comercial se aplicó un porcentaje general de 8.19% implicando la necesidad de provisiones adicionales por 7.749 millones de sucres.

En síntesis, se estableció la necesidad de provisiones por un total de 27.283 millones de sucres, de los cuales, al 30 de junio, se había constituido 10.400 millones de sucres. La gerencia del Banco se comprometió a añadir 3.951 millones de sucres en base a los resultados del primer semestre del año. Pese a ello, todavía subsistía una deficiencia de provisiones de 12.932 millones de sucres, valor que se dedujo del patrimonio contable para efectos de determinar el déficit de patrimonio técnico requerido.

Un gran desafío para el grupo era el de reducir substancialmente el tamaño de su cartera de créditos a partes relacionadas, adecuándolo a los límites establecidos en la Ley de Instituciones del Sistema Financiero.

c) CÁLCULO DEL PATRIMONIO TÉCNICO REQUERIDO.

De acuerdo a lo que dispone el Art. 48 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y las Regulaciones Nos. 842-93 expedidas por la Junta Monetaria el 7 de abril y 14 de julio de 1993, respectivamente, se determinó el patrimonio técnico requerido por el grupo en 45.108 millones de sucres. El patrimonio contable, deducido la deficiencia de provisiones de 12.932 millones de sucres, alcanza un monto de 24.105 millones de sucres, estableciéndose una deficiencia de patrimonio técnico de 21.003 millones de sucres, es decir, una deficiencia de 46.6%.

Es consecuencia, el grupo del Banco Los Andes estaría incurso en lo dispuesto en los Arts. 144, 145 y 147 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. El Art. 144 establece normas estrictas de prudencia en el manejo financiero, operativo y administrativo,

SITUACIÓN DE LIQUIDEZ

En las dos más grandes instituciones del grupo, esto es, Banco de los Andes C.A. (BAE) y Banco de los Andes Internacional (BAI), se aprecia una evidente falta de calce en las fechas de vencimientos de los activos y pasivos, situación que se torna crítica con el retiro de depósitos ocurrido en los últimos días del mes de junio de 1994.

Por otra parte, en las circunstancias actuales, las deficiencias de liquidez del Banco de los Andes Internacional (BAI) inciden directamente en los movimientos efectivos del Banco de los Andes (BAE), pues se ha optado por cancelar los retiros de la oficina off-shore mediante cheques en moneda extranjera que son negociados en la oficina local, por lo que los movimientos financieros de estas dos entidades se hallan íntimamente vinculados.

Consecuentemente, es preciso analizar el tema de liquidez para el consolidado de todo grupo, que adicionalmente incluye a Fininco y a Leasing de los Andes (LAN). El análisis de liquidez solo al mes de julio de 1994.

a) ESCENARIO PESIMISTA DE LIQUIDEZ

Este escenario supone principalmente que:

- i) Los retiros de depósitos de ahorro y monetarios siguen a un ritmo similar al registrado en los tres últimos días laborables del mes de junio de 1994, en valores absolutos;
- ii) El 40% de las pólizas de acumulación no se renuevan al vencimiento;
- iii) La cartera de créditos con amortización mensual (ej., financiamiento de compra de vehículos) se recupera en un 90%; y,
- iv) Del resto de la cartera se recuperan los intereses en su totalidad y solo el 25% del capital.

Bajo estos supuestos, el grupo acusaría una deficiencia acumulada de liquidez para julio de 1994 del orden de los 63.000 millones de sucres, distribuida de manera relativamente uniforme a lo largo del mes. Este escenario requeriría, además de un eventual crédito de liquidez del Banco Central, una venta agresiva de activos y/o el aporte de recursos frescos a través de un aumento de capital o un préstamo subordinado convertible en capital.

b) ESCENARIO CONSERVADOR DE LIQUIDEZ

Este escenario supone que:

- i) Los retiros de depósito de ahorro sigue a un ritmo igual al registrado en los últimos días solamente hasta el 8 de julio, fecha a partir de la cual su saldo se estabiliza; y,
- ii) Hasta el 15 de julio, se registran cancelaciones del 40% de las pólizas de acumulación.

Los demás supuestos coinciden con los del escenario anterior.

Los resultados bajo estos supuestos determinan una necesidad acumulada de liquidez para julio de aproximadamente 27 mil millones de sucres, concentrada en las dos primeras semanas del mes. Esta situación podría bien manejarse con la ayuda de un eventual préstamo de liquidez del banco Central, conforme al Art. 24 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que fue concedido, como dejamos indicado, el 5 de julio de 1994, por el Banco Central del

Ecuador, previa autorización de la Junta Monetaria.

Un anuncio pronto y oportuno de la eliminación de la deficiencia de patrimonio técnico es fundamental para revertir el drenaje de depósitos, sin incurrir en elevados costos financieros de captación de fondos.

GESTIÓN ADMINISTRATIVA

El Comité de Gestión observó las siguientes debilidades en la gestión administrativa del grupo de los Andes:

- a) Insuficiente delegación de responsabilidades gerenciales;
- b) Falta de un sistema de información gerencial permanente;
- c) Tecnología inadecuada;
- d) Falta de coordinación estratégica y operativa entre las entidades que conforman el grupo;
- e) Compartamentación excesiva entre las distintas áreas dentro del banco;
- f) Ausencia de una tesorería unificada y proactiva que pueda manejar adecuadamente el flujo de caja del grupo.

Para resolver los problemas financieros que el Banco enfrentaba se requería, entre otras cosas, una agresiva gestión de recuperación de cartera, para lo cual el Comité de Gestión recomendó la contratación de personal especializado en cobranzas. Para el mediano plazo, era necesario que el Banco redimensionara el tamaño de su personal e implante programas de control y racionalización de gastos administrativos.

Mediante oficio s/n del 5 de julio del año en curso, el Presidente Ejecutivo-Gerente General del Banco de los Andes se comprometió a cumplir las siguientes condiciones solicitadas por la Junta Monetaria:

- Aumentar el 16.883 millones de sucres el nivel de las provisiones de cartera hasta el 8 de julio.
- Presentar hasta el 8 de julio un programa para eliminar la deficiencia de patrimonio técnico, el cual debía cumplirse en dos etapas, esto es, hasta el 5 de agosto se cubriría la mitad de la deficiencia y la diferencia se cubriría en los noventa días posteriores, contados a partir del 5 de julio.
- Hasta que se resolviera la situación del Banco de los Andes, éste seguiría operando bajo el esquema previsto en el Art. 144 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Durante este período, el Comité de Gestión debía permanecer aplicando el programa de vigilancia establecido por el señor Superintendente de Bancos.
- El Banco de los Andes estaba obligado a entregar a satisfacción del Banco Central del

Ecuador las garantías por un valor mínimo equivalente al 125% del préstamo otorgado.

2.- Efectivamente, el 8 de julio de 1994 se realizaron los asientos contables en las entidades financieras que conforman el grupo Banco de los Andes, para provisionar la cartera de créditos por la cantidad establecida. Así mismo, en la fecha indicada, mediante oficio s/n el Presidente Ejecutivo - Gerente General del Banco de los Andes presenta al Banco Central del Ecuador un plan estratégico tendiente a lograr la estabilización de la entidad financiera en mención, el cual contiene lo siguiente:

a) Recuperación de liquidez a través del mantenimiento de clientes del banco, la realización de nuevas captaciones, la captación de fondos institucionales y la venta de nuevos productos.

b) Adecuación de patrimonio técnico mediante la reducción del tamaño de la entidad, la recuperación de cartera y la apertura de capital, mecanismo este último que incluye la posibilidad de un préstamo subordinado, bajo los lineamientos del marco legal aplicable.

3.- El numeral 3. II (Esquema de eliminación de deficiencia patrimonial) de la comunicación suscrita el 5 de julio por el Presidente Ejecutivo - Gerente General del Banco de los Andes, estipula que "los aspectos operativos y técnicos de este esquema serán establecidos con el Comité de Gestión nombrado por el señor Superintendente de Bancos", frente a lo cual el Comité consideraba que el plan presentado abarcaba los temas requeridos para lograr la normalización de la situación de la entidad, sin embargo, era necesario que la administración del Banco lo amplíe a la brevedad posible, fijando metas cuantificables y un cronograma tentativo, a fin de evaluar las posibilidades de cumplimiento y controlar su ejecución.

4.- A continuación se presenta un breve análisis de la evolución de las variables más representativas:

a) El saldo de los créditos en mora se ha incrementado en cerca del 50% entre el 21 de junio y el 12 de julio, en términos absolutos equivalente a 9.200 millones de sucres, registrando un índice de morosidad de aproximadamente el 12%, valor superior al promedio del sistema. No obstante el monto de provisiones para cuentas incobrables frente a la cartera vencida representa el 59%, debido al cumplimiento de una de las condiciones de Junta Monetaria.

b) En lo que respecta a la salida de depósitos y captaciones de recursos del público, alcanzan a un valor de 37.326 millones de sucres, presentando una estabilización de los saldos de captaciones en la semana del 4 al 7 de julio de 1994. El monto de los retiros justificó plenamente la utilización de la primera línea de crédito autorizada por la Junta Monetaria, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 25 de la Ley de Régimen Monetario.

c) Con relación al Banco de los Andes Internacional el saldo de las captaciones disminuyó, entre el 21 de junio y el 12 de julio, en 11.1 millones de dólares, registrando una tendencia al retiro del 80% de los depósitos a su vencimiento. La recuperación de la cartera en el mismo período fue de 1.5 millones de dólares en tanto que, la cartera vencida se incrementó en el 100%, esto es aproximadamente 9 millones de dólares.

La relación de morosidad pasó del 17% al 35%, en el período analizado. El nivel de cobertura

de las provisiones frente a la cartera vencida se modificó del 19% al 22%, variación poco relevante respecto del incremento de la cartera vencida.

5.- Al 14 de julio de 1994, el valor del primer préstamo otorgado al Banco se encuentra totalmente utilizado, con el respaldo de la garantías equivalentes al 125%. Por otra parte la segunda línea de crédito autorizada por la Junta Monetaria, a esa fecha, aún no ha era utilizada, sin embargo de lo cual el Banco Central ha obtenido garantías que permitirán iniciar los desembolsos en caso de ser requerido.

6.- El logro del compromiso relativo a la adecuación del nivel de patrimonio técnico, se halla supeditado al grado de decisión que la administración del Banco tenga al respecto y su capacidad del implementarlo en la práctica, elementos ambos cuya valoración es subjetiva. Al momento resulta claro que existe cierto rezago en la adopción de algunas medidas recomendadas que apuntan en esta dirección , como por ejemplo la venta de cartera y la contratación de profesionales externos para gestionar el cobro de la cartera vencida.

Finalmente, es preciso insistir en la necesidad de que la administración del Banco de los Andes establezca las actividades específicas y el cronograma para alcanzar la meta de eliminación del déficit de patrimonio técnico, la misma que nunca se produjo, obligando a los administradores del Banco de los Andes a solicitar un préstamo subordinado, que será comentado más adelante.

Los medios de prensa han informado que el problema que evidenció el Banco de los Andes, después de que su principal ejecutivo fuera detenido, fue el descubrimiento de que en su estructura de créditos se encontraba una elevada concentración de préstamos vinculados. Para efectos de esta investigación no fue posible acceder a esa información por parte del Organismo de Control, ya que la misma es de conocimiento reservado, por lo que me haré eco de lo que, sobre este tema, algunos de los principales diarios del país señalaron.

"Crédito: la concentración es letal. La liquidación del Banco de los Andes puso de manifiesto un peligro que ronda por el Sistema Financiero Nacional (SFN): la elevada concentración del crédito y de los préstamos vinculados, coincidieron en señalar expertos financieros.

Según los analistas, la razón principal de la liquidación del Banco de los Andes fue la gran concentración del crédito y de los préstamos que se otorgaron a un grupo de empresas vinculadas con los principales accionistas del Banco desaparecido.

La concentración del crédito es muy riesgosa, explicaron. Generalmente, para aminorar el peligro de perderlo todo, apostando a un solo deudor, las instituciones financieras conceden créditos a un gran número de empresas personas, etc.

El caso contrario sucede con la concentración del crédito, en donde el riesgo de perder el capital concedido aumenta.

El consultor económico Mauricio Pozo cree que la Superintendencia de Bancos debe vigilar y evitar la concentración de crédito en toda las instituciones financieras.

"El peligro es latente por que se observa que en otros bancos tienen concentración de crédito", dijo.

Fidel Jaramillo otro analista criticó igualmente, la falta de control de la concentración del crédito. "su liquidación pone de manifiesto el peligro de una concentración del crédito y los préstamos relacionados que debió ser detectado oportunamente por la Superintendencia de Bancos", dijo.

Y si bien la Ley de Instituciones Financieras faculta esa vigilancia, reconoció que falta operatividad. aclaró además que la concentración del crédito no está prohibida, pero la Ley exige que el Banco tenga los suficientes recursos para responder a las obligaciones contraídas.

Otras de las causas de la liquidación fueron los créditos vinculados. Ese hecho desvirtúa la función social de un banco, porque los recursos del público son utilizados para financiar las empresas de los dueños del mismo banco, comentó".¹⁹¹

Para Walter Spurier Baquerizo, cuando "la Superintendencia de Bancos entró al Banco de los Andes decidida a encontrar evidencias de narcolavado. No las encontró, pero en su lugar detectó una enorme concentración de crédito en empresas relacionadas al propietario casi absoluto del banco y su Presidente Ejecutivo, el Calm. (r) Guillermo Dueñas".¹⁹²

Frente al tema de la concentración de crédito, el Superintendente de Banco, a través de los medios de comunicación, señaló que no hubo negligencia en el control del Banco de los Andes y afirmó que la concentración del crédito es un viejo problema heredado, que antes llevó a la liquidación de los Banco de Descuento y de la Previsora.¹⁹³

Tanto analistas financieros como autoridades gubernamentales coincidieron en afirmar que una de las causas de la liquidación del Banco de los Andes fue la concentración del crédito, cuyo peligro late en todo el sistema financiero.

En rueda de prensa realizada el 17 de agosto de 1994, el Superintendente de Bancos dijo que la situación del Banco de los Andes no es única, "la concentración de crédito existe a nivel de la banca ecuatoriana. Otros bancos podrían estar en la misma situación" dijo; explicó que la concentración de créditos en el Banco de los Andes dificultó su situación a límites extremos, "si ello no habría existido, todo habría sido mucho más fácil", declaró.¹⁹⁴

El juego financiero que se denomina concentración del crédito bancario no es otra cosa que el aprovechamiento de los recursos de la institución provenientes de los depósitos que efectúa el público y que son utilizados en beneficios del empresas y entidades generalmente de propiedad de los mismos directivos de un banco, o de parientes cercanos. El procedimiento, es una inmoralidad, que sin embargo, ha sido permitida y tolerada desde hace algunos años y, en realidad, ha significado la causa de la quiebra y disolución de conocidas instituciones bancarias. Unas fueron rehabilitadas y otras hubieron de cerrar sus puertas de modo definitivo.

¹⁹¹ El Comercio, B-3, 17 de agosto de 1994.

¹⁹² El Universo, A-2, 17 de agosto de 1994.

¹⁹³ El Universo, A-3, 18 de agosto de 1994.

¹⁹⁴ El Comercio, B-4, 18 de agosto de 1994, *La Banca debe repensarlo..., El peligro de la alta concentración de crédito fue reconocido por Ricardo Muñoz Chávez.*

4.4 PRÉSTAMO SUBORDINADO.

El Comité de Gestión designado por la Superintendencia de Bancos, mediante comunicación de 29 de julio de 1994, dirigida al Gerente General Encargado del Banco de los Andes, presentó el análisis de la situación del patrimonio técnico del grupo, determinándose que entre junio 30 y julio 22, dicho patrimonio, se había incrementado S/. 1.702 millones, con lo que la deficiencia de patrimonio técnico era del 53.5%, por lo que, a esa fecha el Banco de los Andes estaba incurso en lo dispuesto por el Art. 146 de la Ley de Entidades Financieras, por lo que debía regularizar su situación en el plazo de treinta días, la situación patrimonial de este banco era muy difícil y una de sus posibles consecuencias era la de su liquidación.

Esta situación se dio como consecuencia de una estrategia inadecuada, pues se buscó mantener la liquidez mediante el pago de altas tasas de interés en las captaciones del público y una agresiva campaña de publicidad.

En vista de que las actividades que se previeron para lograr el ajuste de la deficiencia de patrimonio técnico no se cumplieron en el porcentaje de que establece la Ley esto es, al 4.4% de los activos totales incluidos los contingentes, las alternativas para una solución definitiva, a esa fecha, antes del vencimiento del primer préstamo otorgado por el Banco Central del Ecuador, eran:

- a) Venta del paquete accionario controlado por el Calm. Guillermo Dueñas, respecto del cual existió interés del Banco Continental, y,
- b) Obtención de un crédito subordinado de las entidades bancarias privadas, sobre la base del fideicomiso del paquete accionario controlado por el Calm. Guillermo Dueñas.¹⁹⁵

En cuanto a la venta del paquete accionario controlado por el Contralmirante Dueñas al Banco Continental, que era la entidad más interesada y con mayores opciones para dicha venta no pudo realizarse, ya que la oferta formulada no fue aceptada por el tenedor de tales acciones. Información respecto de este tema ha sido imposible conseguir ya que las negociaciones se realizaron al más alto nivel entre los ejecutivos de las dos entidades bancarias, la prensa nacional tampoco tuvo acceso a los puntos más destacados de la negociación y sólo puso en conocimiento general algunos planos de ella. Así se refirió la prensa en alguno de sus titulares: Dueñas negoció venta de sus acciones en Banco".¹⁹⁶ "Estudian venta del Banco de los Andes".¹⁹⁷ "El Presidente del Grupo Continental lo confirmó, Banco de los Andes hoy puede definirse su venta".¹⁹⁸ "Aún no hay acuerdo para comprar Banco: Dr. Ortega".¹⁹⁹ "No está el por qué de la ruptura de las

¹⁹⁵ Informe 04-94 del Comité de Gestión, 1 de agosto de 1994.

¹⁹⁶ El Comercio, 28 de julio de 1994.

¹⁹⁷ El Telégrafo A-3 31 de julio de 1994.

¹⁹⁸ El Comercio, B-3, 4 de agosto de 1994.

¹⁹⁹ El Telégrafo, A-1, 6 de agosto de 1994.

negociaciones con el Continental, Banco de los Andes: ¿ en la puerta del horno?".²⁰⁰ "¿Y por qué no se vendió el Banco de los Andes?".²⁰¹ "Es muy difícil comprar si no se quiere vender".²⁰²

Parece ser que al Contralmirante Dueñas más le intereso la posibilidad de constituir un fideicomiso de acciones y posteriormente alcanzar un préstamo subordinado.

El 12 de agosto de 1994, el Ministro de Finanzas, La Presidenta de la Junta Monetaria, El Superintendente de Bancos, y el Gerente General del Banco Central, mediante oficio circular dirigido al Sistema Financiero pusieron en conocimiento de ellos, que en la reunión de 8 de agosto de 1994, las Autoridades Monetaria y de Control sometieron a consideración de los Banco Privados un esquema de rehabilitación del Banco de los Andes basado en los siguientes elementos:

- 1.- El fideicomiso del 98% de las acciones del Banco de los Andes, mediante el cual los derechos de propiedad de estas acciones pasan al fiduciario (el Banco Central) y el valor de las mismas queda en garantía para cubrir pérdidas eventuales en la recuperación de la cartera concentrada.
- 2.- El establecimiento de una nueva administración de alto nivel profesional y técnico, e independiente de los anteriores propietarios y administradores, con lo que se garantizará una correcta gestión de recuperación de la cartera concentrada.
- 3.- El respaldo de las autoridades monetarias mediante la prórroga del crédito de liquidez concedido al amparo del Art. 25 de la Ley de Régimen Monetario.
- 4.- La concesión voluntaria de un préstamo subordinado por parte de las entidades bancarias del país a fin de solventar el problemas de liquidez y fortalecer la posición patrimonial del Banco de los Andes, y así viabilizar su normal funcionamiento.

En la mencionada reunión, ningún banco manifestó oposición al planteamiento de las autoridades, comprometiéndose así a participar en la parte pertinente del esquema, a saber, la sindicación del préstamo subordinado. Por su propia iniciativa, los bancos acordaron que su contribución a dicho préstamo se haría a prorrata en función a los activos más contingentes de cada institución.

Además, mientras se formalizaba la sindicación del préstamo, los bancos acordaron abrir inmediatamente una línea de crédito interbancaria en favor del Banco de los Andes, por el equivalente al 10% del monto que les correspondería dentro del préstamo subordinado.

La coordinación de este proceso fue encargada a la Asociación de Bancos Privados, ofreciendo los bancos una respuesta con respecto al préstamo subordinado hasta el día viernes 12 de agosto de 1994.

²⁰⁰ El Comercio, A-3, 7 de agosto de 1994.

²⁰¹ El Comercio , A-1, 8 de agosto de 1994.

²⁰² El Comercio, B-1, 8 de agosto de 1994.

Para hacer posible el préstamo subordinado, como paso inicial, el 5 de agosto de 1995 se firmó el contrato de fideicomiso de acciones, en virtud del cual el Contralmirante Dueñas, su cónyuge, INVALORES S.A. y la Empresa INVERGID, en calidad de fideicomitentes constituyeron irrevocablemente en fideicomiso la totalidad de las acciones del Banco de los Andes que tenían en su poder, y en tal circunstancia, transfirieron la propiedad de dichas acciones a favor del Banco Central del Ecuador, en calidad de fiduciario, con los derechos, prerrogativas, acciones y facultades que confiere la propiedad de tales acciones y constitución del fideicomiso.

El contrato de acciones de fideicomiso de acciones al que hacemos referencia, tuvo por única y específica finalidad que durante su vigencia, el fiduciario administrara el fideicomiso y que las acciones constituyeran fuente de pago para lo solución de las obligaciones a favor del Banco de los Andes S.A., este contrato fue necesario, como requisito previo para concesión de un préstamo subordinado.

El 9 de agosto de 1994, la Superintendencia de Bancos autorizó, individualmente, para que cada banco legalmente pueda participar en el préstamo subordinado.

El Art. 147 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, permite a las Instituciones Financieras conceder préstamos denominados subordinados a otras instituciones de esta naturaleza que se encuentren con deficiencias de patrimonio técnico. El Banco de los Andes, como dejamos consignado en el numeral anterior incurrió en la situación prevista en la Ley para acceder a dicho préstamo, estableciéndose que requería de un crédito subordinado de hasta 46 mil millones de sucres para poder superar la deficiencia de patrimonio técnico calculada. El préstamo subordinado debía ser computado como parte del patrimonio técnico del Banco de los Andes.

El préstamo subordinado tenía por objeto que, todos los bancos del Sistema Financiero Privado, con excepción del Banco de los Andes, debían otorgar irrevocablemente al Banco de los Andes C.A., un préstamo, para que sea computado como parte del patrimonio técnico del Banco de los Andes C.A., a prorrata de sus activos totales más contingentes calculados al 31 de mayo de 1994, en las siguientes condiciones financieras:

MONTO DEL PRÉSTAMO EXPRESADO EN MILLONES DE SUCRES.

- 1.- Banco Amazonas S.A.1'262.000
- 2.- Banco del Austro C.A.1'142.000
- 3.- Banco del Azuay C.A. 476.000
- 4.- Banco Bolivariano C.A.1'139.000
- 5.- Caja de Crédito Agrícola y Ganadero C.A. 290.000
- 6.- Citibank N.A. 765.000
- 7.- Banco Comercial de Manabí C.A. 127.000
- 8.- Banco Consolidado del Manabí S.A. 579.000
- 9.- Banco Continental S.A.2'954.000
- 10.- Banco de Cooperativas del Ecuador 34.000
- 11.- Banco de Crédito S.A. 876.000
- 12.- Filanbanco S.A.7'078.000
- 13.- Banco General Rumiñahui S.A. 245.000

- 14.- Multibanco B.G, Banco de Guayaquil S.A.1'985.000
- 15.- Banco Holandés Unido S.A.1'231.000
- 16.- Banco Internacional S.A. 807.000
- 17.- Banco del Litoral S.A. 90.000
- 18.- Lloyds Banck (BLSA) Limited. 582.000
- 19.- Banco de Loja S.A. 161.000
- 20.- Banco de Machala S.A. 415.000
- 21.- Banco del Pacífico S.A.6'693.000
- 22.- Banco del Pichincha C.A.4'756.000
- 23.- Banco Popular del Ecuador C.A.3'244.000
- 24.- Banco de Préstamos S.A.1'948.000
- 25.- Banco la Previsora S.A.1'549.000
- 26.- Banco de la Producción S.A.1'514.000
- 27.- Banco del Progreso S.A.2'858.000
- 28.- Banco Sociedad General de Crédito C.A. 582.000
- 29.- Banco Territorial S.A. 151.000
- 30.- Banco del Tungurahua S.A. 467.000

TOTALS/. 46'000.000

El interés anual que se pagaría por el préstamo subordinado era de 2 puntos sobre la tasa referencial del sistema, publicada por el Banco Central del Ecuador, reajutable y pagadero cada 90 días, contados a partir de la fecha de débito y desembolso realizados por el Banco Central del Ecuador.

Dada la característica especial del préstamo subordinado dispuesto por la Ley, los recursos que se iban a dar en mutuo debían destinarse a la regularización del Banco de los Andes y debían ser contabilizados como parte del patrimonio técnico de dicho banco.

A fin de asegurar el interés patrimonial de los prestamistas y el buen uso del préstamo subordinado, el Banco Central, que actuaría como banco agente, realizaría el desembolso de la totalidad del préstamo subordinado, una vez que se hubiere incumplido las siguientes condiciones:

- i) Que se haya registrado en el Libro de Acciones y Accionistas del Banco de los Andes, la transferencia de las acciones de propiedad del Calm. (r) Guillermo Dueñas y su cónyuge, la Sra. María Eugenia de Dueñas, y de las Compañías, INVALORES S.A. e INVERGID S.A., que en conjunto representan alrededor del 98 % del capital pagado de esta institución bancaria, según contrato de fideicomiso y acciones celebrado mediante escritura pública ante el Notario vigésimo de Quito el 5 de agosto de 1994, por medio del cual se designó al Banco Central del Ecuador como fiduciario de tales acciones y se constituyó a estas en fuente de pago de determinadas obligaciones a favor del Banco de lo Andes C.A.
- ii) Que se hayan registrado en la Contabilidad del Banco de los Andes los activos y pasivos del Banco de los Andes Internacional, de conformidad con el contrato de cesión que debían celebrar ambas instituciones bancarias .

Al fin de garantizar una administración técnica e independiente del Banco de los Andes, y

como otro requisito para el acceso del préstamo subordinado se posesionó como Presidente Ejecutivo y Gerente General al Eco. Alfredo Arízaga.

Luego de una larga reunión realizada en la Junta Monetaria, el 12 de agosto de 1994, con la asistencia de los bancos privados se negó el crédito subordinado, debido a la negativa de los Bancos Pacífico y Popular de conceder dicho préstamo, lo que hizo que fracasara el plan de rehabilitación del Banco de los Andes, ya que no se alcanzó la masa crítica, esto es el 95% sobre el total a prestar al Banco de los Andes, es decir, 43.700 millones de sucres, "la oposición de última hora de algunos bancos se dio por la preocupación sobre lo que llamaron "pasivos ocultos", es decir una serie de deudas y avales no registrados".²⁰³

"A consecuencia de esto, el Banco de los Andes cerró sus puertas. En Quito, matriz y sucursales, y en Guayaquil, la sede y sus oficinas subordinadas, no atendieron en los diferidos y se dio la explicación de que el sistema computarizado estaba dañado".²⁰⁴

La crisis del Banco de los Andes ya no pudo ser soslayada, el sistema financiero privado ecuatoriano no quiso comprometer sus recursos para rehabilitar esta entidad bancaria y el Banco Central del Ecuador, prestamista de última instancia ya había concedido los recursos que por Ley estaba obligado (52 mil millones de sucres), a más de las múltiples gestiones que desplegó con el fin de salvaguardar los intereses de los depositantes de dicho banco y del sistema financiero en su conjunto, sin que sus esfuerzos hayan tenido el éxito que desearon sus autoridades.

La última alternativa que quedaba era la venta del Banco, situación que pasamos a analizar en el siguiente punto.

4.5 COMPRA DEL ACTIVO Y PASIVO DEL BANCO DE LOS ANDES POR EL FILANBANCO.

El sistema financiero ecuatoriano se vio temporalmente sacudido en los meses de junio, julio y agosto de 1994 por una crisis inminente de uno de los bancos medianos de mayor cobertura y prestigio. Todo se inició con una denuncia (considerada en algunos sectores como política) sobre manejo indebido de los fondos, y continuó con el "descubrimiento" de importantes vinculaciones privilegiadas entre el banco y una serie de empresas de los mismos dueños. Es decir que el banco captaba fondos de los clientes para prestarlos en términos concesionales a sus propias empresas.

Ante la posibilidad de quiebra de esta entidad, ligada al mérito de recursos por parte del público, el Banco Central intervino, en una primera fase, aportando liquidez con el fin de mantener la solvencia de la institución, y en una segunda fase, llamando a la solidaridad bajo la forma de un crédito subordinado, en el cual el conjunto del sistema salvaba a una de ellas. Este planteamiento estaba condicionado a que los dueños del banco se retiren completamente de su gestión y a que se instale una gerencia profesional e independiente. El esquema no funcionó

²⁰³ El Universo: *No se concretó crédito para Banco de los Andes*, A-2, 15 de agosto de 1994.

²⁰⁴ El Expreso: *Banco de los Andes cierra sus puertas*, A-1, 14 de agosto de 1994.

ya que el Banco Popular y el Banco del Pacífico consideraron que no era adecuado "aportar dinero bueno para solventar una situación negativa" .

Comienza entonces la última fase: una subasta abierta y el Filanbanco se adjudica el Banco de Los Andes²⁰⁵

Tras mantener reuniones todo un fin de semana, el 14 de agosto de 1995, el Filanbanco asumió el control de los activos y pasivos que el Banco de los Andes mantiene en el Ecuador como en el extranjero.

Durante 15 días no hubo operaciones, plazo en el cual se debieron reestructurar los sistemas de funcionamiento, los clientes del Banco de los Andes pasaron, una vez cumplido el plazo, hacer atendidos por el Filanbanco.

El Filanbanco asumió la totalidad de los activos y pasivos que el Banco de los Andes mantuvo con el público y terceros, de igual manera asumió los créditos otorgados por la Junta Monetaria, con los que inicialmente se trato de salvar los problemas de liquidez, que afrontó esa institución bancaria.

Un par de meses antes de que se genere la urgencia de apoyar al Banco de Los Andes, y ante las denuncias y rumores de mercado, el Banco Continental ya entró a examinar a fondo la situación financiera y productiva de dicha institución. Fue una información valiosa la que se recopiló, situación por demás normal en un mercado en que los problemas deben resolverse en base a información y decisiones adecuadas. De ahí que el Banco Continental habría ya en esa época comprado parte de la cartera del Banco de Los Andes, con lo que le inyectó liquidez y al mismo tiempo hizo un buen negocio porque pudo "seleccionar" el tipo de activos que adquiría.²⁰⁶

Entraron en el proceso de información : Filanbanco, Banco del Pacífico, Banco Popular, Banco de Guayaquil, y finalmente el Banco del Pichincha solo y en asociación con la Previsora, la Producción y Sociedad General.

Al final, cuando el Banco Central abrió los sobres de la subasta, se encontró con una propuesta ganadora: la del Filanbanco que equivalía a 10.1% del patrimonio ajustado de la institución (alrededor del 1.5 mil millones de sucres).

Algunos de los potenciales interesados (Banco de Guayaquil, Popular y Continental) se retiraron porque el riesgo que asumían en esta operación era demasiado elevado. En sus proyecciones internas el Filanbanco estimaba como el peor escenario uno en el que "se perdería 30% de los depósitos del Banco de Los Andes".

Si es que los demás hicieron proyecciones similares es comprensible que no hayan participado en la subasta porque ese nivel de pérdida de depósitos representaba un porcentaje muy elevado de sus propios depósitos con los que debían cubrir el bache: 27% para el Banco de Guayaquil,

²⁰⁵ El Comercio: *El Banco de los Andes con nuevo dueño*. A-2, 15 de agosto de 1995.

²⁰⁶ Últimas Noticias: *Culminó drama bancario*. 15 de agosto de 1994, pág. 2.

25% para el Popular y 23% para el Continental.

La lección es clara: un banco mediano no puede absorber a otro de características similares en condiciones de alto riesgo.

En cierta forma este aspecto convertía a la potencial subasta en un juego entre grandes instituciones: Filanbanco, Pacífico y Pichincha (con o sin sus aliados). Para el caso de este último, la alianza (Sociedad General, Previsora y Producción) parece abortó rápidamente porque fue imposible llegar a un acuerdo sobre objetivos estratégicos y sobre lo que cada institución tomaría del Banco de los Andes.

El Banco del Pacífico parece haber tenido una opinión negativa de base: el riesgo del negocio parecía demasiado elevado porque no sólo se podían perder depósitos (lo que para un banco de este tamaño no es trascendental) sino que la calidad de los activos podía ser tan mala (sobre todo los créditos relacionados) que al final del precio pagado por el Banco de Los Andes sea demasiado elevado.

Quedaba entonces el Filanbanco para el cual la eventual pérdida de depósitos era manejable ("mientras se mantenga dentro del 30% lo que equivale a 10% de los depósitos del Filanbanco") y que tenía tres otros argumentos positivos importantes:

- i) Su percepción del riesgo de la calidad de los activos era menor.
- ii) El banco está inmerso en un proceso de rendimiento estratégico que le coloca en este momento con los elementos mentales y de organización adecuados para llevar adelante la tarea de absorber otro banco.
- iii) Mantiene líneas de comercio del orden de unos 180 millones de dólares por mes, financiadas por bancos del exterior, además de que va a realizar una nueva emisión de euro-certificados de 50 millones de dólares. En consecuencia era importante, al mismo tiempo que hacer un buen negocio, participar activamente en un proceso que evitaba crear una mala imagen externa e interna del sistema financiero ecuatoriano. En esto, el Filanbanco difiere de bancos como Pichincha, Popular o Pacífico porque tiene más diversificadas sus captaciones a través de sus filiales en el exterior.

La pregunta que cualquier institución se haría es ¿qué tan adecuado fue el precio que pagó el Banco de Los Andes?. No el precio mismo de la subasta que es insignificante (1.500 millones de sucres) sino el precio que va a terminar asumiendo, considerando activos de mala calidad, provisiones, indemnizaciones por reducción de personal, costos implícitos y explícitos de absorción, publicidad, etc.

No existe a estas alturas todavía una respuesta clara y definitiva: el personal está bajo evaluación, las diversas oficinas de análisis, la cartera (sobre todo vinculada) en depuración. Sin embargo, se estima que el costo será finalmente del orden de unos 40 mil millones de sucres, redondeando cifras unos 20 millones de dólares.

El adquirir el Banco de Los Andes, los aspectos más relevantes que debía tomar en cuenta el Filanbanco eran:

- i) Un total de 57.000 cuentas corrientes y 120.000 de ahorros, a lo que se sumaban unas 30.000 cuentas inmovilizadas o sin uso. Un total de recursos de 115.000 millones de sucres.
- ii) El número de empleados era 929 y luego de renunciadas voluntarias (sobre todo en los niveles medios y altos) se quedaron 660 funcionarios. En Quito la disminución fue de 480 a 289, en Guayaquil de 194 a 138 y en Cuenca de 36 a 6. Todo esto concentrado en 35 oficinas.
- iii) La tarjeta de crédito Visa-Banco de Los Andes tenía 17.000 titulares (un total de 25.000 con adicionales). La cartera era de 18 mil millones de sucres.
- iv) En la compañía de leasing, había activos por 15 mil millones de sucres.
- v) Había una provisión para crédito incobrables hecha recientemente por 20 mil millones de sucres.
- vi) Los créditos relacionados que habían sido estimados por el Banco Central y la Superintendencia de Bancos eran de 160 mil millones de sucres. Aquí cabe aclarar que las normas regulatorias consideran que se da este tipo de situación cuando un banco financia el 80% de las actividades de una empresa. Concepto importante desde el punto de vista del control bancario pero que debe ser tomado con cautela, porque un banco puede ser casi el único financista de una empresa sin que eso denote vinculación. En la práctica el Filanbanco estima en 100 mil millones los créditos relacionados. Aparentemente el riesgo involucrado en estas operaciones es menor de lo previsto.

La operación compra del Banco de Los Andes era sin duda riesgosa. Pero al final el Filanbanco va a salir con un saldo positivo, y esto desde varios puntos de vista.

- i) Ayudó a preservar la imagen de solidez interna y externa del sistema financiero nacional, lo que era un objetivo importante.
- ii) Como se indicó anteriormente, el precio que acabará pagando Filanbanco parece bastante razonable.
- iii) El Filanbanco aumenta su presencia en la Sierra, aunque continua evaluando las oficinas que se mantendrán y las que no.
- iv) Adquiere una clientela estable y leal que no abandonó al Banco de Los Andes incluso con todas las denuncias y problemas suscitados.
- v) Ha puesto a prueba su cultura empresarial, respondiendo al desafío de en 15 días o absorber en condiciones muy positivas un banco de tamaño regular.
- vi) La adquisición del Banco de Los Andes ha dado una gran imagen de solidez al Filanbanco, lo que a aparentemente le ha permitido incrementar su captación de recursos. "Si es que ha sido capaz de absorber a otro banco, debe ser muy sólido" es la opinión de los usuarios.

En una primera fase las captaciones a las cuentas del ex-Banco de Los Andes bajaron en un

5% (según fuentes del Filanbanco) "... mejor que la estimación más optimista que era una pérdida de 10% en los depósitos").

Sin embargo, apenas se abrieron las operaciones a cargo del Filanbanco el movimiento neto en cuentas fue de 600 millones de sucres el primer día, 35 millones el segundo y se ha estabilizado en 15 millones diarios desde entonces. La confianza se había recuperado.

Con esto se refuerza una actitud generalizada de que la gente tiende a pasar de los bancos chicos a los grandes porque se genera una especie de "masa crítica mental positiva" respecto a las instituciones de mayor tamaño.

El Filanbanco está convirtiendo un negocio riesgoso en una operación rentable financieramente y en términos de imagen. Eso es una buena decisión estratégica.

Finalmente diremos, a manera de comentario final, que con la compra de la mayoría de activos y pasivos del Banco de los Andes por parte del Filanbanco, pone fin a la crisis que sufría el primero, víctima de un retiro masivo de depósitos como consecuencia de rumores de lavado de dólares y, fundamentalmente, porque su posición financiera estaba afectada por la alta concentración de crédito en tres grupos empresariales, que se consideraban relacionados con el mismo banco.

La solución salió del propio sistema financiero, lo cual es positivo, aunque antes haya fracasado el sistema del préstamo subordinado, mediante el cual todos los restantes habrían concurrido con crédito para sostener al Banco de los Andes.

La alternativa de la subasta, en el cual la mejor oferta fue la de Filanbanco, tiene la misma virtud de evitar que sea el Estado, a través del Banco Central, quien cubra los malos negocios privados, cosa que por lo demás tiene ahora rígidos límites en la nueva legislación.

El caso del Banco de los Andes deja dos fundamentales cuestiones por atenderse. El primero es mejorar la capacidad técnica de la Superintendencia de Bancos para vigilar de manera adecuada el sistema financiero.

La segunda es combatir el vicio de la concentración de crédito en empresas relacionadas con algunos bancos, que la autoridad bancaria está en la obligación de indagar y esclarecer, en beneficio del sistema financiero y del público.

Una economía moderna requiere de un sistema bancario transparente, y de una autoridad que no tema afrontar las consecuencias legales y económicas, que se deriven de poner orden en esta vital actividad.

Desde otro punto de vista, también se puede decir, que la experiencia dejada por la situación atravesada por el Banco de los Andes, debe llevarnos a reflexionar, respecto de la forma en que deben realizarse las investigaciones sobre presunciones de narcolavado, en las cuales estaría inmersa una entidad financiera.

¿Será la Policía la Institución más idónea, por conocimientos técnicos, financieros, contables, etc., la que está en capacidad de investigar y determinar si una entidad financiera ha cometido

el delito de lavado de dinero proveniente de narcotráfico u otras actividades ilegales?, definitivamente creo que no. Esta investigación debe efectuarse por el Órgano de Control Bancario, que tiene los instrumentos legales y operativos para hacerlo, cuenta o debe contar con el recurso humano especializado en tareas de fiscalización y control bancario, de modo que pueda establecer con claridad la comisión de esta clase de infracciones.

El Órgano de Control Financiero, debe actuar en coordinación con la Policía Nacional, pero solo en los temas a la Fuerza Pública compete, ya que de establecerse responsabilidades de funcionarios bancarios o de la misma institución financiera en la comisión del delito de lavado de dinero, concomitantemente con la acción penal, también es necesario imponer los correctivos o medidas preventivas para mantener el activo de la entidad bancaria, proteger el derecho de los depositantes, clientes, accionistas responsables, trabajadores, etc., salvaguardar la estabilidad de la entidad financiera abocada en estos problemas.

Estimo que la forma en que se instrumentó el juicio penal en contra del representante legal del Banco de los Andes, no fue la más adecuada, no me refiero a si tiene o no responsabilidad en los hechos que se le acusa, pero si creo que se actuó con bastante ligereza, por decir lo menos.

La Policía Nacional mediante informe suscrito por tres de sus miembros (Teniente Coronel, Subteniente y Policía), como anexo del informe denominado Ciclón, concluye que el Banco de los Andes se encuentra inmerso en la actividad de narcolavado de dólares, sin considerar que la Superintendencia de Bancos, es el Organismo de Control de las entidades bancarias y que, al menos debieron coordinar con ella la investigación, aún más, lo procedente era que, sea la Superintendencia ante un pedido de la Fuerza Pública la que efectúe las indagaciones que permitan establecer esta ilegalidad, pero no que la Policía Nacional por su cuenta y riesgo realice un examen tan complicado y de connotaciones por ella desconocidas.

La Intendencia de General de Policía de Pichincha actuó con una agilidad inusual y en pocos minutos de recibida la excitativa fiscal y la voluminosa documentación anexada, instruyó el sumario ordenando la detención de los directivos del Banco de los Andes.

Consecuencia de ello, la corrida de los depósitos y depositantes, que dieron lugar al inicio de la grave crisis de liquidez por la que atravesó la entidad financiera ahora en liquidación.

Si las investigaciones habrían sido instrumentadas, por el Organismo de Control, los efectos, a esta fecha, serían otros.

El riesgo que superaron los clientes, depositantes, trabajadores, sistema financiero, etc., sin mayor trauma, se debe en gran medida a la decidida intervención de las Autoridades Monetarias y de Control Bancario, y a que estuvo en vigencia la Ley General de Instituciones Financieras y la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que contienen los instrumentos jurídicos necesarios para prevenir y solventar este tipo de situaciones.

Los préstamos concedidos por el Banco Central, para superar la crisis de liquidez, el préstamo subordinado (fallido), el fideicomiso de acciones, el cambio de administración, la venta de activos, son mecanismos legales que fueron usados con el fin de que se produzca el menor de los males.

Los clientes del Banco de los Andes, solo debieron esperar quince días para que el Banco que adquirió el activo y el pasivo de ese Banco honrará las obligaciones.

Si no hubiera estado en vigencia la Ley General de Instituciones Financieras y las actividades bancarias se rigieran por la Ley General de Bancos, la única alternativa hubiera sido la liquidación del banco privado y las obligaciones asumidas por él, se habrían solucionado, siendo optimistas, en más de cinco años.

Para el Derecho Penal Económico, la experiencia ha sido importante, ya que se ha podido establecer, la posible consecuencia, derivada del comportamiento de una entidad financiera que no se somete a las normas legales y que realiza actividades, que pudieran estar ligadas al lavado de narcodólares.

El control y la regulación estatal deben, en consecuencia, ser más eficaces, es mejor realizar acciones correctivas, disuasivas, no solo buscar la manera de reprimir, ya que en la configuración de esta clase de delitos económicos, ni los medios legislativos, peor los judiciales, llegarán hasta los verdaderos responsables, los que siempre serán inmunes, repitiéndose la historia de siempre, los perjudicados serán, en el caso de las entidades financieras, sus clientes, trabajadores, acreedores, el mismo sistema financiero, con lo que, el agravio va en contra de la sociedad en su conjunto.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.

1.- En la noción amplia de Derecho Penal Económico, se califican como *delitos económicos*, las acciones u omisiones que a más de atentar o poner en peligro, un bien jurídico patrimonial individual, afectan definitivamente la normativa que regula la producción, la distribución, el consumo y la conservación de los bienes y servicios, es decir, el sistema económico.

Se pueden y deben tipificar, a criterio de Beristain²⁰⁷, como delitos económicos las conductas que infringen las normas relativas al medio ambiente, las insolvencias punibles, las formaciones de carteles, las infracciones en el campo de la informática (manipulación o robo de datos, violación de secretos), la falsificación de balances de la empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de los acreedores (por ejemplo, quiebras, infracciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual), los fraudes al consumidor, la falsificación de las mercancías, la presentación engañosa, el abuso de la inexperiencia del consumidor, infracciones en aduanas, de moneda y cambio, infracciones bancarias y bursátiles, manipulación abusiva del mercado bursátil, las infracciones de las normas de seguridad e higiene laboral, las infracciones en contra de las sociedades mercantiles, el envío al extranjero de grandes cantidades dinerarias procedentes de delitos, los boicoteos empresariales, las receptaciones, las malversaciones de caudales públicos, los cohechos, las apropiaciones indebidas, las falsedades en documentos, los fraudes acerca de la situación comercial de la empresa y de sus fondos financieros, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales, la creación de sociedades ficticias, etc.

2.- La Constitución Política de la República permite un sistema económico de economía liberal o de mercado, sobre la base del reconocimiento del derecho a la libertad de empresa y asociación; una economía intervenida por el Estado, para hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza de la comunidad, es decir por un objetivo de interés general y una planificación económica que deberá ser ejecutada de manera obligatoria por los Ministros de Estado y por las entidades del sector público²⁰⁸. Prohíbe de manera expresa cualquier forma de abuso del poder económico, las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros, es decir acciones monopólicas que no permitan el acceso, al mismo tiempo, con iguales derechos y oportunidades, a los medios de producción y consumo. Es decir, coincidiendo con el concepto funcional dado Beristain, citado en capítulos anteriores, las normas Constitucionales, trazan el marco legal general para que no se den acciones u omisiones que puedan poner en grave peligro la estabilidad económica, o hacer desaparecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas

²⁰⁷ Beristain Ipiña, Antonio: Ciencia Penal y Criminología, Madrid, 1985, pág. 180

²⁰⁸ Arts. 90 y 92 de la Constitución Política de la República

relacionadas con la economía.

De las referencias constitucionales que anteceden, podemos decir que el Derecho Penal Económico es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el sistema económico señalado en la Constitución.

3.- De la revisión del concepto de Derecho Penal Económico, en sentido amplio y en sentido estricto, considero que es preferible la utilización del concepto en sentido amplio, ya que trata de cubrir de mejor manera, los vastos campos de las transacciones, los negocios, el comercio, la industria, las finanzas, la producción, el consumo, etc., en suma de la economía, con su gran dinámica y versatilidad, a fin de que todas sus manifestaciones, cualquiera que estas sean, queden enmarcadas dentro de esta rama del Derecho y en un momento dado, puedan ser reprimidas.

4.- Los delincuentes económicos forman parte de la clase superior de la sociedad y por lo mismo, son muy respetados, siempre han logrado, a través de los años, influenciar el modelo de las legislaciones que están destinadas a reglamentar el campo de las actividades económicas, industriales y comerciales. Es así como los procedimientos legales y judiciales elaborados con el fin de controlar el mundo de los negocios solo excepcionalmente han tenido un carácter penal. En vez de persecuciones penales se establecen comparecencias antes las comisiones reguladoras, sanciones administrativas, persecuciones civiles por daños y otros diversos procedimientos fuera del control de la jurisdicción penal y de una condena.

5.- Los delitos económicos son, por consiguiente, hechos punibles cometidos por alguien en el ejercicio de su actividad, y por ello la regulación jurídica y la descripción de estos "delitos especiales" no se encuentra, a menudo, en el Código Penal, sino en el denominado Derecho Penal especial. Se otorga, pues, un ámbito mayor al concepto de delitos económicos aceptando la idea de que el Derecho Económico está formado por el conjunto de normas jurídicas promulgadas para "la regulación de la producción y la fabricación y distribución de bienes económicos". Y, para diferenciar estos delitos económicos de los "patrimoniales", se hace prevalecer el bien jurídico colectivo o supraindividual (social), aun cuando se añade, concurrentemente, la protección del individuo, consumidor o competidor.

Por orden público económico ha de entenderse la estructura socio-económica que configura el sistema económico constitucional; es decir, el conjunto de instituciones que regulan tanto la intervención de los agentes económicos, público o privados, en la economía, como los mecanismos que disciplinan la producción, consumo y conservación de la riqueza nacional.

6.- Sintetizando los conceptos expuestos podríamos decir que delito económico es la acción realizada por personas "respetables" de elevada posición socio-económica, en el desempeño de su actividad y con abuso de poder, que lesiona o pone en peligro manifiesto y grave el orden público económico.

7.- A diferencia de la criminalidad violenta, por ejemplo, homicidios, atracos a mano armada a bancos, secuestros, etc., caracterizada por la *visibilidad* de la infracción y consiguiente *imagen* que de la misma se forma la opinión pública sobre el crimen y el delincuente, el delito económico se caracteriza por la gran distancia existente entre el delincuente y la víctima. La escasa visibilidad del delito, la volatilización de la calidad de la víctima y el anonimato

constituyen notas peculiares de infracciones económicas, tales como la obtención subrepticia de subvenciones o el delito fiscal. Esto lleva a establecer otro posible elemento del delito económico: la dificultad de tipificarlo legalmente y, por lo tanto, la frecuente impunidad de sus autores.

8.- Sujeto pasivo del delito económico lo será, preferentemente, el sistema económico nacional, en cuanto forma privilegiada de organización de la nación y, por ende, un bien social justificado por el interés nacional, susceptible de protección por el Derecho Penal. Ahora bien, en la medida en que asiste a todos los ciudadanos el derecho a participar en la vida económica y social, de conformidad con los enunciados de las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes (Art. 19 y 44 de la Constitución de la República), el orden público económico comprende, también, el interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad adecuada a su voluntad profesional de actuación y beneficio. De ahí que, en ocasiones, el delito económico también afectará a los intereses patrimoniales individuales, por lo que podrán ser, asimismo, sujetos pasivos de la infracción económica una o varias personas particulares, siempre que tal lesión trascienda del interés patrimonial privado y perturbe, además, la regulación jurídica de la producción, distribución, consumo y conservación de los bienes y servicios, o quebrante la confianza pública en la intervención estatal en la economía.

9.- A diferencia del delincuente profesional, criminalmente organizado y socialmente inadaptado, el delincuente económico de cuello blanco puede o no ser criminalmente organizado, pero lo que es indudable es que está adaptado, y aceptado socialmente. Es decir, es una persona considerada socialmente respetable, capaz por ello, de influir profundamente en las concepciones legales y en el comportamiento ético-social. Mientras que al delincuente contra la propiedad generalmente reincidente suele considerarse como un "marginado" y como un "problema individual frente al orden social", el delincuente económico, por el contrario, ni es marginado ni se enfrenta individualmente contra el sistema, al que por otra parte pertenece, pues en efecto, los delincuentes pertenecientes a grupos socio-económicos superiores no son ni mucho menos marginados, sino aceptados y tolerados por doquier; es decir, las condiciones de salud, alimentación, educación, trabajo y empleo, vivienda, transporte, consumo, asistencia social, seguridad, justicia, recreo y entretenimiento, prestigio social e influencia política del delincuente económico son, generalmente, muy superiores al promedio exigido para un tipo de vida en consonancia con los derechos humanos fundamentales.

10.- En las dos últimas décadas, uno de los grandes cambios que ha enfrentado el mundo es la liberalización de los sistemas financieros, a través de los procedimientos que se encuentran en boga, como la desregulación, la libre competencia de los agentes que participan en el mercado y el avance tecnológico. Esto ha permitido que la actividad financiera amplíe su gama de posibilidades, al igual que modifique su exposición al riesgo, lo que obliga a cambiar la orientación y funciones del organismo de supervisión del sector financiero, para hacerlo eficiente, técnico, congruente o que esté acorde con la evolución de la intermediación financiera y del desarrollo tecnológico.

11.- En nuestro país, una herramienta pública oficial, para las estrategias de desarrollo, a fin de cubrir los desequilibrios macroeconómicos y las distorsiones del mercado, ha sido el manejo del sistema financiero. Estas intervenciones estatales, junto con la existencia de un marco regulatorio excesivo, obsoleto y sistemas de supervisión deficientes, dieron como resultado la

conformación de un sector segmentado o dividido, que ha concentrado la movilización y asignación de recursos a corto plazo, poco innovador para adecuarse a las necesidades del mercado, e incapaz de hacer frente a los cambios que la actividad financiera y económica exige en forma permanente, lo que dio como resultado un impacto sobre la confianza y estabilidad del sistema.

Por estas circunstancias, fue impostergable iniciar una reforma legal de amplio alcance, con el fin de constituir un marco jurídico e institucional propicio para consolidar el proceso de modernización del sistema financiero y fortalecimiento del organismo de control, la que se dio con la emisión de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que sustituye a la Ley General de Bancos de 1927 y al conjunto de otras disposiciones dispersas, y en ciertos casos, contradictoria.

12.- La Ley está en relación con el nuevo orden económico del mundo, al cual el país busca insertarse, cumple con las directrices y estándares mínimos sobre la supervisión bancaria y regulación financiera internacional establecidos por el Comité sobre Reglamentos y Prácticas de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Internacionales, mejor conocido como el Comité de Basilea; guarda concordancia con las normas financieras de los países de la Región; y, contiene principios generales para adaptarse de manera flexible a las situaciones cambiantes que experimenta el mercado financiero.

Su concepción es preservar la absoluta igualdad de los participantes en el mercado financiero, asegurar la homogeneidad de condiciones y oportunidades y consagrar la libertad de entrada, salida y gestión de los agentes institucionales que forman parte del sistema financiero.

13.- La Ley está basada en normas de solvencia y prudencia financiera a través de exigentes requisitos de capitalización, permanente sistema de calificación de la calidad de activos y límites para vigilar la exposición a otros riesgos de mercado. Contempla además, acciones de supervisión y auditorías en base consolidada y establece una fiscalización preventiva que cuenta con reglas claras y sistemáticas acciones correctivas. De manera complementaria, presenta mecanismos de autocontrol del mercado y supervisión compartida, sustentados en una absoluta transparencia de la información de las instituciones financieras. La orientación de solvencia y orientación financiera y de los principios de autocontrol y supervisión, tienen como propósito que el sector financiero mejore la calidad de su gestión gerencial, modere su disposición a asumir riesgos excesivos y procure resolver oportunamente sus problemas para salvaguardar el interés público y preservar la confianza y estabilidad del sistema financiero.

14.- La Ley General de Instituciones Financieras tiene como objetivo transformar la estructura del sistema financiero ecuatoriano, configurando una banca o sociedad financiera múltiple y grupos financieros, a través de los cuales se logra la globalización de las operaciones y servicios financieros a nivel nacional e internacional, aprovechando las economías de escala y las ventajas comparativas de cada entidad, lo que permitirá una mayor movilización y una asignación de recursos al sector real de la economía a un menor costo de intermediación.

La Ley ofrece también la libertad de fusión, conversión, escisión y especialización de entidades financieras, debiendo para ello cumplir los requisitos de ingreso y funcionamiento previstos.

15.- De manera complementaria, establece un marco regulatorio claro y preciso respecto al contenido y difusión de la información; se determina el rol de las auditorías externas y el alcance de sus informes, los cuales deben ser integrales y consolidados; se fijan de manera concisa sistemas de diagnóstico y alerta temprana que faciliten resolver potenciales dificultades; y se define una secuencia de acciones dinámicas para proceder a la rehabilitación o liquidación de entidades con problemas.

16.- La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero pretende establecer claras disposiciones para evitar uno de los más graves conflictos de interés que se ha observado en los sistemas financieros de América Latina y que atenta contra la objetividad y profesionalismo para asignar eficientemente recursos que deben tener las entidades bancarias. Este se refiere al fenómeno de los créditos concedidos a partes relacionadas, es decir, aquellos préstamos otorgados a las personas que controlan una entidad financiera o dirigidos a las empresas en que participan. Las normas precisan para estos financiamientos un cupo global máximo, dentro del cual deben encuadrarse estas operaciones, de manera que representen un porcentaje francamente minoritario de las operaciones de las instituciones financieras.

17.- Para completar este ciclo adicionalmente prevé la creación de una central de riesgos que permitirá la generación de un flujo de información entre el Organismo Supervisor y los entes controlados, sobre la calificación de los sujetos de crédito y sus niveles de endeudamientos, con el propósito de reducir los riesgos del sector financiero.

18.- Como condición indispensable para que el mercado financiero pueda funcionar en un ambiente de seguridad y confianza, la Ley redefine el papel de la Superintendencia de Bancos impulsando la existencia de un organismo supervisor independiente, de alto nivel técnico, adecuadamente financiado y con claras facultades y atribuciones suficientes para inspeccionar, vigilar y salvaguardar aspectos vitales de la gestión financiera.

La Ley fija lineamientos explícitos para guiar las prioridades de trabajo de este organismo, incorpora adecuados patrones de control con sentido preventivo y correctivo y determina con precisión el ámbito de jurisdicción y competencia de la Superintendencia de Bancos, evitando superposiciones y vacíos de peligrosas consecuencias jurídicas y económicas.

19.- Con el fin de procurar un ordenamiento institucional, la Ley prevé la conformación de un cuerpo colegiado, denominado Junta Bancaria la cual está presidida por el Superintendente de Bancos y se encarga de fijar las políticas de la entidad y pronunciarse sobre la adopción de ciertas decisiones fundamentales para el sector financiero, tales como la constitución y liquidación de entidades financieras; determina que el Superintendente es la autoridad máxima de la institución y goza de total independencia para aplicar la Ley y administrar ese Organismo; y, circunscribe el campo de acción de la autoridad monetaria limitándolo exclusivamente a asuntos que afecten la política monetaria o que impacten en los medios de pago.

20.- La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, si bien está claramente orientada a promocionar un sistema financiero amparado en un contexto de libertad de mercado y de amplia competencia, como contrapartida exige comportamientos muy estrictos a los banqueros y administradores, en el cumplimiento permanente de todas las normas de solvencia y prudencia financiera establecidas en base a estándares internacionales de supervisión (Comité

de Basilea), a fin de que el mercado financiero se desenvuelva en un marco profesional y técnico y adquiera niveles de solidez y solvencia que garanticen la estabilidad de la economía en su conjunto.

Para estos fines se introduce la figura de patrimonio técnico, que es un concepto dinámico de solvencia, según el cual, el respaldo patrimonial con el que debe contar cada entidad del sistema financiero, debe ser proporcional al riesgo de sus activos. Además se han establecido normas preventivas, que propician una calificación permanente de la calidad de activos, políticas racionales de provisiones que cubran anticipadamente las pérdidas estimadas y disposiciones que regulan la concentración y vinculación para diversificar los riesgos del portafolio.

21.- Trascendental importancia tiene para el análisis del Derecho Penal Económico en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el contenido del Título X, De Las Limitaciones, Prohibiciones y Sanciones, ya que en el articulado de esta parte de la Ley se prevé situaciones concretas que pueden causar perjuicio a la economía general del país, ya sea por la existencia de falsas instituciones financieras, o por realizar actividades de intermediación financieras por personas que no se encuentran facultadas para ello, por declaración falsa y elaboración falsa de los balances, etc., situaciones que podrían acarrear conmoción en el sistema financiero nacional con consecuencias fáciles de advertir, que vendrían en desmedro del sistema o política económica diseñado por el Estado, o sistema con el cual la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios se encuentra debidamente estructurada.

22.- La deficiencia de patrimonio técnico puede llevar a una institución financiera a la liquidación forzosa, tema que para el Derecho Penal Económico es importante, ya que en dicho evento, la Ley presume que es consecuencia de actos fraudulentos cometidos por los directores, administradores, funcionarios y empleados que hubiesen participado en el cometimiento de cualquiera de los actos dolosos a los que se refiere la norma legal²⁰⁹, que tienen como fin debilitar aún más la situación patrimonial de la entidad financiera, conducta típica sancionada con prisión correccional de dos a cuatro años de prisión.

23.- Los establecimientos bancarios están llamados a utilizar solo para la evaluación de los riesgos crediticios la información que recibe o poseen de su clientela. No pueden utilizarla con ningún otro propósito ni mucho menos divulgarla. Ese sigilo de carácter profesional que ha dado origen a la teoría de la Reserva o Secreto Bancario constituye un Derecho fundamental del ciudadano, el derecho a su intimidad, y es de la esencia vital de la actividad bancaria de allí que no parezca necesario persuadir al legislador para penalizar drásticamente su violación.

Quien violare el sigilo y reserva bancaria podrá ser sancionado con prisión correccional de uno a cinco años; lo que no obsta para reclamar antes los Tribunales de Justicia, las indemnizaciones correspondientes, por los daños que causasen este tipo violaciones²¹⁰.

24.- Las disposiciones de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y del Código Penal, tienen como común denominador sancionar las falsificaciones de los balances,

²⁰⁹ Art. 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

²¹⁰ Art. 93 Ley ibid.

de las operaciones financieras, la utilización de esos estados financieros falsos, porque a través de la comisión de estos delitos se distorsiona la realidad patrimonial y económica de una institución del sistema financiero, lleva a engaño a sus clientes y terceros que tienen relación comercial con ella. La falsificación no es reprimida per se, sino porque es un elemento que propicia la comisión de un delito cuyas consecuencias trascienden más allá del interés particular de varios individuos, sus efectos son absorbidos por la sociedad en su conjunto, la liquidación de un banco privado no solo angustia a los depositantes, a sus prestamistas, trabajadores, sino a la economía en general, el Estado, en un momento dado, deberá entregar recursos para cubrir las obligaciones del banco quebrado y muchas veces no podrá recuperar esos valores, debiendo cubrir los mismos con déficit o emisión inorgánica, que a decir de los entendidos ocasiona inflación, la misma que es pagada por toda la colectividad.

25.- Con la compra de la mayoría de activos y pasivos del Banco de los Andes por parte del Filanbanco, se puso fin a la crisis que sufría el primero, víctima de un retiro masivo de depósitos como consecuencia de rumores de lavado de dólares y, fundamentalmente, porque su posición financiera estaba afectada por la alta concentración de crédito en tres grupos empresariales, que se consideraban relacionados con el mismo banco.

La solución salió del propio sistema financiero, lo cual es positivo, aunque antes haya fracasado el sistema del préstamo subordinado, mediante el cual todos los restantes habrían concurrido con crédito para sostener al Banco de los Andes.

26.- La alternativa de la subasta, en el cual la mejor oferta fue la de Filanbanco, tiene la misma virtud de evitar que sea el Estado, a través del Banco Central, quien cubra los malos negocios privados, cosa que por lo demás tiene ahora rígidos límites en la nueva legislación.

27.- El caso del Banco de los Andes deja dos fundamentales cuestiones por atenderse. La primera es mejorar la capacidad técnica de la Superintendencia de Bancos para vigilar de manera adecuada el sistema financiero.

La segunda es combatir el vicio de la concentración de crédito en empresas relacionadas con algunos bancos, que la autoridad bancaria está en la obligación de indagar y esclarecer, en beneficio del sistema financiero y del público.

Una economía moderna requiere de un sistema bancario transparente, y de una autoridad que no tema afrontar las consecuencias legales y económicas, que se deriven de poner orden en esta vital actividad.

28.- Estimo que la forma en que se instrumentó el juicio penal en contra del representante legal del Banco de los Andes, no fue la más adecuada, no me refiero a si tiene o no responsabilidad en los hechos que se le acusa, pero si creo que se actuó con bastante ligereza, por decir lo menos.

La Policía Nacional mediante informe suscrito por tres de sus miembros (Teniente Coronel, Subteniente y Policía), como anexo del informe denominado Ciclón, concluye que el Banco de los Andes se encuentra inmerso en la actividad de narcolavado de dólares, sin considerar que la Superintendencia de Bancos, es el Organismo de Control de las entidades bancarias y que, al menos, debieron coordinar con ella la investigación. Aún más, lo procedente era que, sea la

Superintendencia ante un pedido de la Fuerza Pública la que efectúe las indagaciones que permitan establecer esta ilegalidad, pero no que la Policía Nacional por su cuenta y riesgo realice un examen tan complicado y de connotaciones por ella desconocidas.

La Intendencia de General de Policía de Pichincha actuó con una agilidad inusual y en pocos minutos de recibida la excitativa fiscal y la voluminosa documentación anexada, instruyó el sumario ordenando la detención de los directivos del Banco de los Andes.

Consecuencia de ello, la corrida de los depósitos y depositantes, que dieron lugar al inicio de la grave crisis de liquidez por la que atravesó la entidad financiera ahora en liquidación.

Si las investigaciones habrían sido instrumentadas, por el Organismo de Control, los efectos, a esta fecha, serían otros.

El riesgo que superaron los clientes, depositantes, trabajadores, sistema financiero, etc., sin mayor trauma, se debe en gran medida a la decidida intervención de las Autoridades Monetarias y de Control Bancario, y a que estuvo en vigencia la Ley General de Instituciones Financieras y la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que contienen los instrumentos jurídicos necesarios para prevenir y solventar este tipo de situaciones.

Los préstamos concedidos por el Banco Central, para superar la crisis de liquidez, el préstamo subordinado (fallido), el fideicomiso de acciones, el cambio de administración, la venta de activos, son mecanismos legales que fueron usados con el fin de que se produzca el menor de los males.

Los clientes del Banco de los Andes, solo debieron esperar quince días para que el Banco que adquirió el activo y el pasivo de ese Banco honrara las obligaciones.

Si no hubiera estado en vigencia la Ley General de Instituciones Financieras y las actividades bancarias se rigieran por la Ley General de Bancos, la única alternativa hubiera sido la liquidación del banco privado y las obligaciones asumidas por él, se habrían solucionado, siendo optimistas, en más de cinco años.

29.- Para el Derecho Penal Económico, la experiencia ha sido importante, ya que se ha podido establecer, la posible consecuencia, derivada del comportamiento de una entidad financiera que no se somete a las normas legales y que realiza actividades, como en el presente caso, que se presumen, pudieran estar ligadas al lavado de narcodólares.

RECOMENDACIONES.

1.- En lo concerniente a la naturaleza jurídica del delito económico, es necesario relieves que se trata de una figura jurídico-penal relativamente dependiente en la configuración de sus presupuestos constitutivos (Derecho civil, mercantil, administrativo, etc.) y autónoma en la fijación de sus consecuencias jurídicas y determinación de su objeto jurídico.

Por tanto, los tipos penales han de estar claramente establecidos, de suerte que a la hora de

interpretarlos y aplicarlos al caso concreto, la tarea de depuración de los matices civil, mercantil o administrativos, etc., esté ya prácticamente, realizada, pues, de lo contrario, podrá darse el caso de enjuiciar con parámetros penales conductas perfectamente reguladas en los preceptos civiles, mercantiles, etc.

2.- El Estado debe intervenir firmemente en los procesos económicos de la comunidad, con miras a proteger el interés social o colectivo, y que en tal intervención pueda acudir al recurso de las sanciones penales. La intervención penal del Estado no debe hacerse bajo ropajes tan genéricos que determinen, paradójicamente, la falta de un ordenado desarrollo de tal intervención. Corresponde delimitar claramente los diversos agrupamientos (verdaderos títulos delictivos) de infracciones de índole económica, en la medida que presenten los elementos unificadores propios del contenido de un título delictivo.

3.- La identidad de las personas naturales o jurídicas susceptibles de formar parte de un grupo de interés económico no es fácil de establecer, especialmente cuando no están ligadas al banco como socios o como administradores. Una forma de resolver este problema puede ser diseñando formularios en los que los clientes suministren toda la información que necesite el banco para establecer su posible vinculación con uno o más grupos, lo cual tenga el carácter de declaración jurada o se instrumente adecuadamente según la legislación y prácticas, de manera que sea posible sancionar a los falsos u omisos declarantes, como podría ser el dar por vencido y exigible el crédito o aplicar una tasa de interés penal.

4.- El uso de auditores externos como parte del proceso de supervisión bancario constituye un valioso complemento a la labor de los supervisores. En tal sentido es necesario que haya independencia entre los auditores y sus clientes, conforme lo mencionamos al tratar el numeral 3.2 del Capítulo III, en donde se indica la necesidad de la rotación obligatoria de los auditores externos transcurrido un número determinado de años, a fin de mantener la independencia de estos.

El inciso segundo del artículo 86 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, manifiesta que: "El auditor externo será designado para un período de un año y podrá ser designado sucesivamente."

A fin de eliminar un evidente conflicto de intereses entre la independencia informativa de los auditores externos y la renovación del contrato de auditoría, sería procedente que se reforme la norma, disponiendo que los auditores externos deberán ser rotados obligatoriamente luego de un período determinado de años.

El artículo reformado podría tener el siguiente texto:

" El auditor externo será designado para el período de un año, pudiendo renovarse anualmente su contrato hasta por dos veces consecutivas. El auditor externo que haya auditado por tres años consecutivos a una misma institución del sistema financiero, no podrá ser contratado nuevamente por esa institución sino una vez transcurrido por lo menos dos años de la terminación del contrato."

5.- Las investigaciones realizadas por la Superintendencia de Bancos, a raíz de la denuncia

presentada en contra de los representantes del Banco de los Andes, estableció la existencia de una fuerte concentración de crédito en empresas vinculadas, situación a criterio del Superintendente, es un problema que no solo involucra a esa entidad ahora en liquidación, sino que, se trata de un problema general, que se presenta en todo el sistema financiero.

Las normas de supervisión bancaria establecen la necesidad del control de la exposición de un banco a la concentración de créditos a un solo cliente o a un grupo de clientes vinculados.

La concentración de créditos conlleva la exposición total directa, indirecta y contingente, de cierto porcentaje del capital del banco.

Con respecto a este tipo de riesgos crediticios por concentración, la mayoría de los países imponen un límite de crédito para un cliente único entre 10-25% del capital de la entidad. La definición de cliente único abarca también a las compañías relacionadas o grupo de compañías vinculadas.

El marco legal vigente en el país establece en su artículo 73 que las operaciones activas de crédito, inversiones directas, indirectas, contingentes y descuentos o redescuentos de las personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la propiedad o administración de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora, no podrá exceder del 50% de su patrimonio, pudiendo ampliar este límite al 100% en base a garantías por un valor no menor al 120% de la obligación garantizada. Bajo esta situación, de suceder algún problema en una de las entidades vinculadas a la institución y que posea un préstamo equivalente al 50% del patrimonio técnico, impactaría negativamente en la solvencia de la entidad financiera.

Tomando en cuenta la experiencia que dejó caso del Banco de los Andes y a fin de precautelar la estabilidad del sistema sería conveniente la modificación de esta norma, para lo cual los límites de los créditos con firmas vinculadas a las instituciones financieras podrían ubicarse en rangos del 10 y 20%. La norma también debería modificarse estableciendo responsabilidad penal en contra de los funcionarios que aprobaran la concesión de un crédito por encima de estos límites.

En la medida en que la existencia de créditos vinculados constituye una forma de concentración de créditos, se considera adecuado que el límite máximo de operaciones activas que pueda realizar una entidad financiera con firmas vinculadas sea del 15%, similar al establecido en el artículo 72 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

El inciso primero del Art. 73 podría reformarse en el siguiente sentido:

"Sin perjuicio de los cupos individuales de crédito establecidos en el artículo anterior, la suma de las operaciones activas de crédito, inversiones directas, indirectas, contingentes y descuentos o redescuentos de las personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la propiedad o administración de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora, no podrá exceder del 15% del patrimonio técnico de la institución financiera. Este límite se extenderá hasta el 40% del patrimonio técnico si lo que excede al 15% 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. En ningún caso la garantía adecuada podrá tener un valor inferior al 120% de la obligación garantizada."

Esta reforma deberá ir acompañada de una disposición transitoria, que tendrá por objeto normar la reestructuración de las operaciones realizadas por encima de los límites establecidos en la reforma recomendada.

6.- Pero aparte de esa eventualidad, hay otra razón importante por la que debe tenerse especial cuidado en evitar la concentración de crédito, y es el caso del que se otorga a los socios del banco o a las empresas en las que estos tengan cuotas patrimoniales significativas, pues a veces ese crédito no es más que un artificio para devolver las aportaciones de capital para financiar nuevas aportaciones, de tal suerte que en el fondo los socios no asumen riesgos en la operación del banco, máxime si los créditos no cuentan con garantías satisfactorias, que es lo usual cuando se ha actuado calculadamente.

La dificultad con los bancos es aun más notoria cuando se trata de limitar el financiamiento que pueden otorgar a sus socios o a las empresas de éstos; consideran que no es posible negar un crédito al dueño del negocio. El asunto se complica aun más en el caso de bancos que han sido creados con el preconcebido propósito de convertirlos en ventanillas de captación

La estabilidad de una institución bancaria está íntimamente asociada a la observancia de prácticas ortodoxas en materia de dispersión de riesgos. Para evitar la proclividad de quienes acceden al sector bancario para utilizarlo como instrumento de apalancamiento de sus propios negocios, sería procedente disuadir tales prácticas a través de la descripción de las mismas en tipos penales.

Como artículo innumerado, debería agregarse después del artículo 76, en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, uno que reprima la concesión de crédito por encima de los límites fijados por la Ley, cuyo texto podría ser el siguiente:

"Quien autorice o entregue recursos, por encima de los límites previstos en la Ley, de manera especial en el presente Título, será sancionado con prisión de dos a cuatro años y con una multa equivalente al 200% de los recursos entregados en exceso."

7.- Respecto de los derivados financieros, tomando en cuenta el alto riesgo que llevan implícitos y tomando en cuenta la experiencia vivida por el banco londinense Barings, las autoridades de control financiero deberán poner todas las regulaciones posibles a fin de evitar que se produzcan situaciones como la comentada, que no solo puso en riesgo el capital del banco, sus accionistas, clientes, sino la estabilidad de las Bolsas de Valores de Europa y Asia, de modo que, la quiebra repentina de una entidad financiera trae consecuencias no solo en la economía local sino que sus consecuencias no tienen fronteras. De modo que, la Superintendencia de Bancos deberá establecer montos máximos que puedan ser utilizados en contratos a término o a futuro, opciones, productos derivados u otros, los cuales necesariamente deberán ser considerados dentro del patrimonio técnico.

8.- La experiencia dejada por el Banco de los Andes, debe llevarnos a reflexionar, respecto de

la forma en que deben realizarse las investigaciones sobre presunciones de narcolavado, en las cuales estaría inmersa una entidad financiera.

¿Será la Policía la Institución más idónea, por recursos humanos, técnicos, financieros, operativos, etc., la que esté en capacidad de investigar y determinar si una entidad financiera ha cometido el delito de lavado de dinero proveniente de narcotráfico u otras actividades ilegales?

Definitivamente creo que no. Esta investigación debe efectuarse por el Órgano de Control Bancario, que tiene los instrumentos legales y operativos para hacerlo, cuenta o debe contar con el recurso humano especializado en tareas de fiscalización y control bancario, de modo que pueda establecer con claridad la comisión de esta clase de infracciones.

El Órgano de Control Financiero, debe actuar en coordinación con la Policía Nacional, pero solo en los temas que a la Fuerza Pública compete, ya que de establecerse responsabilidades de funcionarios bancarios o de la misma institución financiera en la comisión del delito de lavado de dinero, concomitantemente con la acción penal, también es necesario imponer los correctivos o medidas preventivas para mantener el activo de la entidad bancaria, proteger el derecho de los depositantes, clientes, accionistas responsables, trabajadores, etc., salvaguardar la estabilidad de la entidad financiera abocada en estos problemas.

Es necesario que exista una fase presumarial, prolijamente normada, en donde se realizarán todas las investigaciones necesarias que conduzcan a establecer presunciones de responsabilidad penal, pesquisas que serán efectuadas por personal técnica y moralmente capacitado proveniente de la Superintendencia de Bancos o al menos calificados como idóneos por ella. De esta manera el juzgador tendrá todos los elementos de juicio que se requieren para una correcta administración de justicia, que en temas como los financieros generalmente no tienen la suficiente formación académica.

De tal suerte, la acción popular que concede la Ley para la denuncia de varias infracciones, debe ser revisado, limitándolo a las conductas que no menoscaben la solvencia o la estabilidad financiera de una entidad y sobre todo a la confianza del público, de modo que, los delitos que por su magnitud comporten una consecuencia que pueda afectar la credibilidad o la imagen de una entidad financiera y la seguridad económica de sus clientes, sea investigada en forma previa por el Organismo de Control, a pedido de cualquier persona, pública o privada, natural o jurídica, con el fin de tener certeza en la imputación delictiva y sobre todo para proteger los derechos de los usuarios, acreedores, depositantes, trabajadores, etc.

Esta fase previa, presumarial, a más de dar los soportes procesales y probatorios que requiere el enjuiciamiento penal, permitiría mantener el activo para proteger los intereses económicos de todos quienes se hallan involucrados con la actividad financiera, que en definitiva afectaría a la sociedad en su conjunto, ya que al verse afectado una entidad financiera puede acarrear consecuencias generales a todo el sistema financiero y a la economía de un país.

Es preciso entonces meditar, que no solo es necesario reducir a prisión a los responsables en la comisión de un delito, que afecta la estabilidad de una entidad bancaria, sino que también, se deben precautelar los intereses patrimoniales de los que terminarán siendo los agraviados en último caso. La experiencia demuestra que la indemnización de perjuicios como consecuencia

de una sentencia condenatoria no alcanza para reparar el daño causado, ya que los activos, mientras se tramita el enjuiciamiento penal, pueden ser distraídos.

9.- El Órgano de Control Bancario debe iniciar un profundo proceso de transformación institucional, a fin de contar con el personal profesional y técnico suficiente, plenamente capacitado, que esté en capacidad de realizar las actividades de fiscalización y control bancario en debida forma, tomando en cuenta además que, las actividades financieras son las que más rápidamente evolucionan, debido a la tecnología que integran en sus operaciones, así como por los efectos económicos que generan.

La Superintendencia de Bancos, debe constituirse en la entidad gubernamental abanderada en el conocimiento tecnológico financiero, contar con el recurso humano más técnico y especializado posible, y sobre todo, con valores morales que les permitan superar cualquier intento de corrupción y puedan imponer los correctivos necesarios ante la transgresión de la normativa vigente.

La Ley General de Instituciones Financieras, es un cuerpo legal que pretende liberalizar los mercados financieros, por lo mismo, es necesario contar con un ente contralor lo suficientemente dinámico y ágil que vaya de la mano con las innovaciones financieras y tecnológicas, a fin de que pueda cumplir a cabalidad con su función, de manera que constituya una garantía de quienes tienen relación con las actividades financieras, es decir, la población en su conjunto.

10.- Toda obra del ser humano es perfectible y la Ley General de Instituciones Financieras, no se escapa de esta máxima, deberán efectuarse todas las reformas o enmiendas que sean necesarias, con la intención de que ella sirva a los más altos intereses nacionales y sociales, que se impongan los controles y candados pertinentes para asegurar el debido cumplimiento de estas instituciones y para que no se atente contra el patrimonio y los intereses económicos de quienes confían sus recursos financieros a ellas.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Antón Oneca, José: *Derecho Penal. Tomo I*, Madrid, Editorial Depalma, 1949.
2. Bajo Fernández, Miguel: *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*", Madrid, Editorial Civitas S.A., 1973.
3. Bajo Fernández, Miguel: *Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Edit. Civitas S.A., 1989.
4. Beristain Ipiña, Antonio: *Ciencia Penal y Criminología*, Bogotá, Editorial Temis, 1986.
5. Boletín de Supervisión y Fiscalización No. 2, México DF., CEMLA, 1990
6. Courakis, N.C.: *Introducción al estudio de la criminalidad de cuello blanco*. París, Editorial Aguilar, 1974.
7. Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal. Tomo I*. Barcelona, Editorial Bosch, 1975.
8. Delmas-Marty, Mirielle: *Derecho Penal de los Negocios*, París, Editorial Aguilar, 1981.
9. De la Rúa, Jorge, *Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Madrid, Depalma, 1989.
10. Díaz Arias, Rafael. *Aspectos de la supervisión financiera*, CEMLA, México, 1993
11. Díaz Palos, Fernando: *Un rasgo criminológico de nuestro tiempo: el delito masa*. Madrid, Editorial Civitas, 1985.
12. Díez Picazo: *El principio general de la buena fe*. Madrid, Editorial Harla, 1977.
13. Enciclopedia Jurídica *Omeba*, Argentina, Editorial Driskill S.A., 1982.
14. Escriche Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Editorial Aguilar, 1852.
15. García Pablos, Antonio: *Problemas actuales de la Criminología*. Madrid, Editorial Seix, 1984.
16. Hendler Edmundo, *Una Aproximación al tema de los delitos económicos*, Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires,, Editorial Abeledo Perrot, 1990.
17. Kaiser, Gunther: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid, Editorial Depalma, 1978.
18. López -Rey y Arrojo, Manuel: *Criminalidad y abuso de poder*. Madrid, Editorial Tecnos

- S.A., , 1983.
19. Martos Núñez Juan Antonio, *Derecho Penal Económico*, España, Editorial Civitas, 1987.
 20. Maurach, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, Tomo II,
 21. Molina García: *Consideraciones sobre los llamados delitos económicos*. Editorial Marcial Pons,1983.
 22. Muñoz Conde, Francisco: *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 1971.
 23. Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1981.
 24. Pinatel, Jean: *Criminología*. París, Editorial Hachette, 1970.
 25. Posner, Richard A.: *Óptimas Sentencias de Delitos de Cuello Blanco*, Madrid, Editorial Seix,1980.
 26. Quintero Olivares: *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal Español*. Madrid, Editorial Aguilar,1979.
 27. Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. Madrid, Editorial Civitas,1984.
 28. Rodríguez Sastre, A.: *Los delitos financieros*. Madrid, Editorial Bosch, 1984.
 29. Roldós Aguilera, León. *Banca y Crédito*. Guayaquil, ESPOL, 1988.
 30. Sutherland, E. H.: *White Collar Criminality*, Editorial Collier MacMillan,1940.
 31. Sutherland: *Crime and Business*, Editorial Collier Macmillan, 1941.
 32. Tiedemann Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)*, Barcelona, Editorial Ariel, 1993.
 33. Tiedemann: *Poder Económico y Delito*, Barcelona, Editorial Ariel, 1985.
 34. Tiedemann: *La Criminalidad económica como objeto de investigación*. Madrid, Editorial Ariel, 1983.
 35. Tiedemann Klaus: *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, Editorial Ariel, 1993.
 36. Vitu, André: *Tratado de Derecho Criminal*, París, Editorial Hachette,1982.

TABLA DE CONTENIDO.

ABSTRACT
DEDICATORIA
AGRADECIMIENTO
INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

CONTENIDO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO
INTRODUCCIÓN

1.1 CONCEPTO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO
1.1.1 EN SENTIDO AMPLIO
1.1.2 EN SENTIDO ESTRICTO
1.2 ORIGEN DEL DELITO ECONÓMICO
1.3 CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO
1.4 ELEMENTOS DEL DELITO ECONÓMICO
1.5 NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO ECONÓMICO
1.6 PECULIARIDADES DEL DELITO ECONÓMICO
1.7 FINES DEL DELITO ECONÓMICO
1.8 CLASES DE DELITO ECONÓMICO
1.8.1 LOS DELITOS PATRIMONIALES
1.8.2 EL DELITO MASA
1.8.3 LA DELINCUENCIA FINANCIERA
1.8.4 LA DELINCUENCIA PROFESIONAL
1.8.5 LA DELINCUENCIA EMPRESARIAL
1.9 LAS PERSONAS RESPONSABLES
1.10 LAS SANCIONES APLICABLES
1.11 EL PROCEDIMIENTO DEL JUZGAMIENTO

CAPÍTULO II

VISIÓN GENERAL DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

2.1. INTRODUCCIÓN
2.2 FILOSOFÍA DE LA LEY
2.3 OBJETIVOS DE LA LEY
2.3.1 PROFUNDIZAR EL MERCADO FINANCIERO
2.3.2 CREAR UN CUERPO INTEGRAL, SISTEMÁTICO Y HOMOGÉNEO PARA GUIAR EL MERCADO FINANCIERO
2.3.3 ESTABLECER MECANISMOS Y NORMAS DE SOLVENCIA Y PRUDENCIA FINANCIERA PARA MANTENER LA SOLVENCIA Y ESTABILIDAD DEL SISTEMA FINANCIERO
2.3.4 PROMOVER INTENSAMENTE LA AUTOREGULACIÓN Y LA TRANSPARENCIA DEL MERCADO FINANCIERO
2.3.5 ESTABLECER LAS ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN CON SENTIDO PREVENTIVO Y CORRECTIVO
2.4 COMENTARIOS GENERALES DE LA LEY

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.

3.1 PATRIMONIO TÉCNICO
3.2 CONTROL INTERNO Y EXTERNO
3.3 SIGILO BANCARIO
3.4 FALSAS INSTITUCIONES FINANCIERAS
3.5 CONCENTRACIÓN DE CRÉDITO
3.6 FALSIFICACIÓN DE BALANCES O ESTADOS FINANCIEROS
3.7 LIQUIDACIÓN FORZOSA

- 3.8 AUMENTO DE CAPITAL
- 3.9 OPERACIONES OFF SHORE
- 3.10 DERIVATIVOS FINANCIEROS
- 3.11 OTRAS SANCIONES
- 3.12 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

CAPÍTULO IV

CASO DEL BANCO DE LOS ANDES

INTRODUCCIÓN

- 4.1 DENUNCIA EN CONTRA DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL BANCO DE LOS ANDES
- 4.2 PRÉSTAMOS CONCEDIDOS POR EL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS DE LIQUIDEZ DEL BANCO DE LOS ANDES
- 4.3 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN FINANCIERA DEL BANCO DE LOS ANDES AL MOMENTO DE LA CRISIS
- 4.4 PRÉSTAMO SUBORDINADO
- 4.5 COMPRA DEL ACTIVO Y PASIVO DEL BANCO DE LOS ANDES POR EL FILANBANCO

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA.

TABLA DE CONTENIDO