



UNIVERSIDAD DE ESPECIALDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS
VINCULADOS

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

NOMBRE DEL ESTUDIANTE: ANGEE MORÁN CADENA

NOMBRE DEL TUTOR: DANIEL KURI GARCÍA

SAMBORONDÓN, OCTUBRE DE 2014

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS
VINCULADOS

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutor de la estudiante **ANGEE MARIELA MORÁN CADENA**, de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espiritu Santo.

CERTIFICO:

Que he analizado el Paper Académico con el título: **“EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS”**, presentado como requisito previo para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos establecidos de carácter académico y científico, por lo que expreso la aprobación correspondiente.

Muy atentamente,



DANIEL KURI GARCÍA
Profesor Tutor

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

El peculado bancario en su modalidad de créditos vinculados

Angee Morán Cadena, Universidad Espíritu Santo – Ecuador,
angmoran@uees.edu.ec, Facultad de Derecho Política y Desarrollo Edificio P,
Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 vía Puntilla Samborondón

Resumen

El peculado bancario, no afecta el patrimonio público, este más bien es un delito financiero en donde resultan afectados los particulares depositantes de fondos y clientes de las instituciones financieras; los bienes jurídicos protegidos son distintos y se introdujo este tipo penal con el fin de proteger la seguridad económica del país que ya había sido afectada. Una de las formas de efectuar este delito es por medio del otorgamiento de créditos a personas vinculadas a una institución financiera, lo cual, la ley detalla claramente con el fin de que no se provean préstamos a las personas con esta calidad. Se prohíbe expresamente realizar este tipo de operaciones, pero se da paso como excepciones a realizar ciertas operaciones activas, pasivas, y de servicio. El perjuicio al otorgar los créditos prohibidos es de carácter económico para la propia institución financiera. Sus consecuencias no son únicamente penales, además aquellos créditos otorgados no se los calificará como incobrables.

Palabras clave: peculado bancario, créditos vinculados, instituciones financieras, delito financiero.

Abstract

The financial abuse, does not impact the public equity, rather this is a financial crime in which result affected individuals fund depositors, and customers of financial institutions; the legally protected goods are different from the embezzlement, and this offense was introduced in order to protect the economic security of the country that had already been affected. One way to perform this offense is by lending to people linked to a financial institution, which the law clearly spells that no loans are provided to people with this quality. It is expressly prohibited to conduct such operations, but it is given some exceptions to effectuate some active, and passive operations, and services. The prejudice by granting credits is of economic character for the financial institution. Its consequences are not only criminal, since the credit will not qualify as uncollectible.

Keywords: financial abuse, insider borrowing, financial institutions, financial crime.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

I. Introducción

El peculado bancario es un tipo penal en el que accionistas, funcionarios, parientes, empleados y en general quienes participen en la Junta de Accionistas de una entidad financiera abusan de sus funciones actuando deliberadamente de créditos, fondos, bienes, o títulos. Ha estado vigente desde 1941 en la tipificación del delito de peculado, en los códigos penales del Ecuador. Siempre el peculado y el peculado bancario han sido tipificados dentro de un mismo artículo y la primera razón de asociarlos es por su igual denominación, sin embargo cada uno tiene una naturaleza diferente y el sujeto a quien protegen es diferente. A pesar de ser distinto el interés que se quiere proteger, hasta la actualidad se ha integrado al peculado en estudio como un “delito contra la eficiencia de la administración pública”.

En nuestra legislación penal se han incorporado nuevos tipos penales al sistema debido a hechos circunstanciales que han causado alarma social, y que muchas veces no han guardado una apropiada técnica jurídica (Calvachi Cruz, 2000). Otorgar créditos vinculados es una modalidad de peculado bancario y un tipo penal que consiste en quienes participan de este delito ya sea quien otorgue el crédito, o el que lo reciba, son quienes serán imputados. Esta clase de créditos favorecedores para quienes lo reciben, pero perjudicial para la institución financiera fueron introducidos al Código Penal de 1975 como objeto del delito en el año 1999 mediante ley reformativa, esta norma se encontraba generalizada y pasó a ser explícita. Actualmente el Código Orgánico Integral Penal (COIP) tipifica el peculado y sus distintos tipos y las vinculaciones las explica el Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF).

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

II. Peculado Bancario

II.a. Historia

El peculado bancario tiene sus orígenes en el delito de peculado, el cual atenta contra el bien jurídico patrimonio del Estado y la probidad de sus servidores. Se ha hecho uso del mismo nombre y por esto es común que se produzca un “error de equiparar la protección de dicho bien jurídico con aquella del bien jurídico patrimonio del público depositante” (Raza, 2008). Es una asimilación semántica errada, más no en conceptos entre los términos “fondos públicos” y “fondos del público” (pág. 46).

En la legislación ecuatoriana el peculado bancario nace por la reforma del artículo 236 del Código Penal de 1938 publicado en el Registro Oficial (R.O) N° 348 del 23 de octubre de 1941 mediante ley reformativa en el texto se mencionaba el castigo para los empleados públicos que hubiesen abusado de dineros públicos o privados y sus bienes; y se adhiere que en la disposición se tomaría en cuenta a los empleados que “manejen fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión”.

Aquella norma mencionada en el párrafo anterior estuvo vigente hasta que entró a regir el Código Penal promulgado en el Suplemento del R.O. N° 1202 del 20 de agosto de 1960, en aquella codificación el peculado se encontraba en el artículo 233 y en su segundo inciso, lo respectivo al peculado bancario el cual decía “Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejen fondos del Banco Central, del Sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales, y de las Cajas de Previsión Social”.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

En la posterior codificación del Código Penal de 1971 el peculado se encontró dentro del artículo 257, y en lo que respecta a peculado bancario, se sustituyó la expresión “y de las Cajas de Previsión Social” por “y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”; los sujetos imputables seguían siendo los empleados de los bancos comerciales. En 1977 al prescribir el artículo 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control se unificaron en un solo artículo las disposiciones de los artículos 257, 258, y 259 del Código Penal.

El inciso tercero, el de peculado bancario, fue dispuesto con lo siguiente: “Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados”. Este texto del tercer inciso del artículo 257 resultó incorporado al Código Penal, de manera que, al derogarse en el 2002 el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, por lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada en el Suplemento al R.O N° 595 de 12 de junio del mismo año. Pero surgieron inquietudes a nivel profesional y público sobre los efectos de la derogatoria del art. 336 en relación con la vigencia del artículo 257 del Código Penal, por lo que el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia expidió la Resolución publicada en el R.O. N° 604 del 25 de junio de 2002, en la que declaró que no había dejado de regir la norma penal que tipifica y sanciona el peculado.

Por reformas R.O. N° 863 (16 de enero de 1996) en la Constitución de 1979, la imputabilidad en el delito de peculado se amplió a las personas naturales que participen en la comisión del delito en la que serían sancionados según su grado de participación. En el año 1999 el artículo 19 de la Ley 99-26 R.O N° 190

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

de 13 de mayo extendió la calificación de sujetos activos de peculado a los empleados, funcionarios, administradores, ejecutivos, y vocales de directorio o de consejos de administración de las instituciones del sistema financiero privado, extendiendo la imputabilidad a quienes, sin tener el manejo de los fondos, pero siendo servidores del sistema financiero, contribuyan en la perpetración del delito.

La ampliación del sujeto activo de peculado bancario, no supone que recién en aquella fecha se hubiere tipificado como peculado el abuso de los fondos encargados al manejo de un administrador bancario, porque lo cierto es que, a partir de la reforma al Código Penal publicada en el R.O. de 23 de octubre de 1941, los empleados de los bancos pueden ser sujetos activos del delito de peculado, y desde la reforma promulgada en el R.O de 16 de mayo de 1977, son reos de peculado no solo los empleados, sino todos los servidores de los bancos quienes abusen de los fondos que manejen. -Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa 210-2002-MG (5 de julio de 2004). Además se prohibió en esta ley reformativa 99-26 las operaciones vinculadas con la propiedad o administración de una institución financiera.

En febrero de 2014 se publicó mediante Registro Oficial Suplemento 180 el 10 de febrero el Código Integral Penal, en este el peculado se encuentra tipificado en el artículo 278, el peculado bancario consta en el cuarto inciso el que versaba en su inicio “(...) que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen(...)”; luego cuando el Código Orgánico Monetario y Financiero Registro Oficial publicado en el Suplemento 332 el 12 de septiembre de 2014 se reformó especificando claramente las formas de abuso.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

II.b. Bien jurídico protegido

II.b.1. En la Administración pública

La Administración pública es la expresión diaria de la actividad integral del Estado, es la actividad que desarrolla cada una de las funciones de un Estado por medio de los organismos y personas con funciones de administración en su conjunto. El peculado lesiona más de un interés jurídico tutelado, y está catalogado dentro de los delitos al Estado para proteger la probidad y fidelidad del funcionario público, el orden económico fiscal, el normal ejercicio de la administración pública, y su patrimonio; por lo que se lo considera polivalente.

El delito de peculado en este criterio plantea un cierto conflicto, dado que la naturaleza de este delito está en el perjuicio patrimonial que sobrelleva la entidad pública, pero los intereses patrimoniales no son el objetivo principal de la incriminación. El delito seguirá existiendo aunque el sujeto activo, es decir el funcionario público, devuelva los valores distraídos. “De todas maneras, el elemento venalidad está presente en la consideración social del delito, y sobre todo si el perjuicio económico es elevado, este será un factor a tomar en cuenta como circunstancia agravante, nada más” (Albán Gómez, 2011). Se puede afirmar entonces, que este delito tiene dos aspectos fijados: forma un desacato del deber de probidad de los funcionarios, en la administración de los fondos públicos, que por razón de su oficio le están confiados; e, incluye una lesión de los intereses patrimoniales del Estado (Quintero Erazo & Vivar Álvarez, 2013).

II.b.2. En el peculado bancario

Este peculado recae sobre bienes que pertenecen al sector privado y son cometidos por sujetos de este mismo sector. Este delito también lesiona varios

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

intereses jurídicos tutelados jurídicamente como: la probidad y fidelidad del servidor de los bancos estatales y de los privados, el orden, la seguridad económica, el normal funcionamiento de aquellas instituciones, la integridad de sus fondos y la seguridad del público que confía al banco sus recursos (Cueva Carrión, 2007). Perjudica el orden económico social, que se ve perjudicado porque los recursos no se consiguen en forma lícita y conveniente a la sociedad, sino que estos llegan al patrimonio del banquero corrupto o de sus asociados (Paredes Escobar, 2009).

La Primera Sala de lo Penal de Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del caso Peñafiel, se pronunció en relación al bien jurídico protegido, que es “el prestigio de los bancos y demás instituciones del sistema financiero, para asegurar la confianza del público y el deber de lealtad del servidor encargado de la custodia de los fondos o del manejo de los mismos, en forma legal y lícita, sin abuso ni arbitrariedad”.

II.b.3. Distinción

El bien jurídicamente protegido en el delito de peculado bancario es indiscutiblemente distinto al protegido en el peculado común, por el hecho de que el bien o interés más valioso para las instituciones financieras, está fincado en la certidumbre de su clientela y el patrimonio privado, para nada equiparable al interés por la lealtad pública y el patrimonio estatal (Chiriboga Mosquera, 2010). El peculado en la forma común y el peculado bancario tienen intereses y derechos distintos. Por un lado la actividad de los entes financieros privados reposa en la confianza del público, y esta no es equivalente a la fidelidad pública que exige la administración pública (Calvachi Cruz, 2000).

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

II.c. Tipo penal

II.c.1. Sujetos Activos

Los sujetos se los encuentra claramente en el inciso cuarto del COIP art. 278 donde establece quienes son los responsables de peculado: “los funcionarios o servidores públicos, los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades”. Estos peculadores atentan contra el orden económico, y la integridad de las relaciones económicas; la relación que ellos mantienen no es sólo con la institución financiera, sino también con sus clientes como bien lo expresa Cueva Carrión (2007).

Se hace referencia a que pertenecen al sistema financiero nacional: el sector financiero público, es decir, los bancos y corporaciones; el sector financiero privado, que lo conforman los bancos múltiples y especializados; y el sector financiero popular y solidario, el cual se compone de las cooperativas de ahorro y crédito, las cajas centrales, y las entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro, así como las entidades de servicios auxiliares del sistema financiero COMF art. 160 y ss.

II.c.2. Sujetos Pasivos

El sujeto pasivo son los clientes de los bancos y las instituciones del sistema financiero, ya que ellos son quienes sufren una pérdida financiera. El Estado no lo es, salvo que también sea parte de los clientes.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

II.c.3. Núcleo

En este peculado, el abuso es su núcleo y tiene la calidad de condición *sine qua non*. El abuso es el centro del tipo penal del peculado bancario y todos sus elementos. Para abusar, preliminarmente, el sujeto debe haberse encontrado facultado de usar, y dentro del peculado bancario, el abuso es en relación a las funciones propias de su cargo, usando mal o en forma impropia o indebida.

Jurídicamente abusar es utilizar las cosas, los bienes, los derechos, las potestades, las situaciones en forma o fines distintos, según como lo disponga la norma. Además lo es el excederse en la realización de un acto (Cueva Carrión, 2006). En la ley se expresa “que con abuso de las funciones propias de su cargo”, lo cual significa que los sujetos del Sistema Financiero se propasan, exceden el uso de sus facultades que formalmente se les ha asignado, y convierten a sus actos en ilícitos.

Según la norma existen tres formas de abusar de las funciones correspondiente al sujeto activo del delito: En el primer caso es para quienes “dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen”; es decir que alguien que coloque fondos para su conveniencia pero por medios engañosos, o tome como dueño sin serlo los bienes de la institución, o los malverse o desvíe.

En el segundo caso de abuso de funciones, es para quienes “hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; en este actuar el sujeto tiene en claro el fraude que está cometiendo, generalmente para que se generen aquellas alteraciones debe estar

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

existiendo una actividad de otorgamiento de créditos, seguramente vinculados. Se explicarán en párrafos posteriores.

La tercera forma de abuso es para quienes “dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional” provocando que los cuentahorristas o cuentacorrentistas como titulares del dinero depositado en el banco o cooperativa no puedan hacer uso de este.

III. Créditos vinculados

En primer lugar corresponde explicar lo que es otorgar un crédito; esta es la cesión a título de préstamo, de una cantidad de dinero. En esta actividad el que concede el crédito, es la entidad financiera, la cual dimite transitoriamente a administrar del valor al cual asciende el referido crédito, en favor del que lo recibe (cliente). Por la ejecución de esta operación, el receptor del crédito debe pagar un precio en forma de interés (Círculo de Lectores, 1984). Durante el plazo condicionado, el cliente usará el crédito a su provecho.

El crédito bancario se plasma en la llamada “cuenta de crédito”, en la cual se admiten efectuar tanto ingresos como préstamos. La operación de otorgamiento de crédito bancario se oficializa mediante “póliza de crédito”, y en ella se suele requerir cierta clase de garantía que afiance el riesgo del crédito. Aquí generalmente existen tres clases de garantía: la personal, en el que el patrimonio integral del cliente o de un tercero garante asociado a él avala el riesgo; de tipo real, en el que existe un objeto de por medio que garantiza el riesgo, este objeto es un bien mueble dado en prenda; e hipotecaria en la cual se garantiza sobre un bien inmueble, como un terreno o una vivienda, el cumplimiento de la obligación,

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

debiendo formalizarse este crédito a través de una escritura pública (Cantalapiedra, s.f).

El tipo penal de créditos vinculados es una modalidad del peculado bancario, la norma expresa: “La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”. COIP. R.O. Supl. 180. Art. 278 inc. 6. Febrero 6 de 2014 (Ecuador).

III.a. Elementos del tipo

III.a.1. Sujetos activos

Se advierte de la norma que se hallan dos sujetos, quienes serán inculpatos por este tipo penal: uno que obtiene los créditos vinculados, y el otro sujeto, quién lo concede, por lo tanto ambos son responsables del peculado bancario. Para la realización del tipo es imprescindible que la transacción del crédito haya sido finalizada, es decir, que se haya obtenido lo solicitado por medio del otorgamiento del sujeto activo. Debe existir necesariamente esa relación, puesto que de darse lo contrario no concurre a la comisión del presente delito.

Lo más probable es que si una persona con calidad de vinculada llegase a cometer este tipo de peculado, para adquirir el crédito no pasaría por el proceso que un cliente común tiene que cumplir. Pero, en el supuesto de crearse un proceso normal para otorgar un crédito prohibido, estaría varias personas involucradas y que podrían ser imputadas. Frente a aquel supuesto cabe decir que “no es autor del delito todo aquel que interviene en un delito creando junto a otros el riesgo realizado en el resultado. Aunque también crean este riesgo el inductor y

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

el cooperador, sólo el autor tiene con el hecho la relación que permite imputárselo como suyo” (Mir Puig, 2003).

III.a.2. Sujetos Pasivos

Los sujetos pasivos son las instituciones financieras públicas o privadas, ya que ellos son quienes sufren una pérdida financiera; además, la sociedad civil que comprende a todos los comprometidos en las operaciones de crédito incluyendo al Estado como estructura política, por las graves desventajas que se pueden llegar a originar para el desarrollo del país, por las mala práctica en este sector. Es así que se puede aseverar que al no existir suficiente transparencia, y al existir inseguridad jurídica en el sistema crediticio, crean inquietud acerca del futuro de las inversiones, lo que causa descenso en las inversiones y por lo tanto en el potencial de progreso (Peña Cabrera, 2009).

III.a.3. Ley penal en blanco

En Derecho Penal Económico es frecuente el uso la ley penal en blanco, que es la norma “que se limita a fijar la pena aplicable a una conducta definida en disposiciones legales o reglamentarias ulteriores” (Labatut Glena, 2007), dado que la normativa penal por su peculiar naturaleza, no se presta a ser sometida a continuas reformas, el legislador penal procede a dejar en manos de otras esferas competentes *rationae materiae* la determinación del ámbito concreto de su incidencia (Silva Sánchez, 1995). Se deben denominar leyes penales en blanco todas aquellas leyes penales que remiten a proposiciones de deber general que no han sido creadas por el juez penal sentenciador y presuponen su complementación por el juez (Perez Alonso, 1994). Para el peculado bancario en su modalidad de créditos vinculados, la norma se remite al Código Orgánico Monetario y

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

Financiero, en donde se puede aclarar quienes son las personas jurídicas o naturales a los que este tipo penal se refiere y en donde se encuentran expresamente prohibidas las clases de operaciones que no se pueden ejecutar, así como sus excepciones. Como ha sido declarado públicamente por las autoridades gubernamentales, “el listado de regulaciones que tiene que sacar la Junta supera las 300” (Revista Líderes, 2014) diversas reglamentaciones para la aplicabilidad del COMF entendiéndose que faltan regulaciones en cuanto la ampliación de la definición y prohibición de créditos vinculados.

III.b. Imputación Objetiva

Para la imputación objetiva no solo se exige la creación de un determinado grado de riesgo, sino también que dicho riesgo no fuera permitido. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente significativo y no debe estar considerado dentro del riesgo permitido, pues de ser así, se descartaría la imputación. En la sociedad existen riesgos que son adaptados a la convivencia, estos son los llamados “riesgos permitidos”, de tal forma que no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta (Villavicencio Terreros, 2007).

La Junta Bancaria estableció en su momento las “Normas para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”, ley actualmente derogada. En ella se definió el riesgo de crédito, es decir el riesgo permitido dentro de esta actividad económica, como la posibilidad de pérdida por incumplimiento del prestatario o la contraparte en las operaciones directas, indirectas o de derivados como el no pago, el pago incompleto, o la falta de oportunidad en el pago de las obligaciones pactadas en condiciones de mercado.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

III.b.1. El riesgo permitido en las entidades financieras

La principal tarea de las entidades financieras, es la actividad crediticia. Esta función por habitualmente está sujeta a una serie de riesgos. A la simple lectura de la palabra “riesgos”, ésta se asocia esta con algo negativo porque un riesgo es algo que debemos evitar. Un banco u otra entidad de actividad financiera es elementalmente una máquina de gestión de riesgos en busca de un provecho económico; y de todos los riesgos a los que se exponen, el riesgo de crédito es el principal (de Miguel, Miranda, Pallas, & Peraza, 2003).

Existe, sin embargo, una obligación de la entidad de crédito de valorar la solvencia del consumidor, antes de conceder un crédito o préstamo; se trata, sin embargo, de una evaluación destinada a resguardar la propia liquidez de la entidad acreedora que de preservar los intereses del consumidor (Ruiz, 2011). Las entidades financieras por lo tanto, son conscientes del riesgo de su negocio, pero toda su actividad está enmarcada en un ámbito el legal que les provee la seguridad económica y jurídica a las entidades y sus clientes. De sobrepasar los lineamientos establecidos por ley en sus operaciones, como dar crédito sin recibir las garantías suficientes, el operador bancario o la persona que lo haya ordenado pasa a crear un peligro. Este peligro es lo que dará paso a la imputación objetiva como se menciona en párrafos anteriores, ya que el sujeto activo crea un riesgo con valor típico.

III.c. Créditos Vinculados, Relacionados o Intercompañías

III.c.1. Personas vinculadas

El COMF. art. 216 dispone los casos en que las personas se consideran vinculadas a la propiedad o administración de la entidad financiera pública o

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

privada. A continuación se hará una clasificación de las personas vinculadas con respecto a los siete casos que los numerales del artículo mencionado establecen.

III.c.1.1. Casos de vinculación de personas naturales y jurídicas

Caso 1: “Las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente, el menor valor de entre los siguientes literales:

a. El 1% o más del capital suscrito y pagado de la entidad financiera;

b. Capital suscrito y pagado de la entidad financiera por un monto mayor o igual a cien fracciones básicas exentas del impuesto a la renta” COMF. R.O. Supl. 332. Art. 216 (1). Septiembre 12 de 2014 (Ecuador).

La vinculación es directa cuando el accionista, en el caso de vinculación por propiedad; o funcionario, en el caso de vinculación por administración, sea directamente el cliente o deudor (persona natural o jurídica) de la institución financiera; y es vinculación indirecta cuando el accionista o funcionario está representado ya sea por una compañía, persona natural, o familiares relacionados, siempre y cuando posean directa o indirectamente el menor valor de lo mencionado en los literales “a y b” anteriores. Un ejemplo a esta vinculación es en el caso en que un banco cuyo capital suscrito y pagado sea US\$ 50 millones el 1% sería US\$ 500,000; y la fracción básica exenta de impuesto a la renta US\$ 10,410 (vigente para el año 2014; Resolución NAC-DGERCGC13-00858 SRI) multiplicado por cien fracciones es US\$ 1’041,000, entonces el menor valor es US\$500,000, por lo tanto todos los accionistas o funcionarios de ese banco con operaciones de crédito mayores a US\$ 500,000 son considerados vinculados; no así aquellos con créditos menores a ese valor.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

El capital suscrito y pagado será al menos el 50% del monto del capital autorizado. El capital autorizado es el monto aprobado por la junta general de accionistas de cada institución financiera pública o privada, hasta por el cual pueden aceptar suscripciones o emitir acciones, según el caso. En la actualidad el capital suscrito y pagado mínimo para constituir una entidad bancaria privada es de US\$ 11 millones según el artículo 392 del COMF.

Caso 2: “Las personas con propiedad patrimonial con influencia de una entidad subsidiaria o afiliada perteneciente a un grupo financiero” COMF. Art. 216 (2).

Para comprenderlo cabe citar quienes son las mencionadas personas con influencia:

Se consideran personas con propiedad patrimonial con influencia a las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente, el menor valor de entre los siguientes numerales:

1. El 6% o más del capital suscrito y pagado o del capital social; o,
2. Acciones o participaciones por un monto mayor o igual a seiscientas fracciones básicas exentas del impuesto a la renta”. COMF. R.O. Supl. 332. Art. 169. Septiembre 12 de 2014 (Ecuador).

Un ejemplo de esta clase de vinculación sería una subsidiaria cuyo capital suscrito y pagado sea US\$ 10 millones el 6% sería US\$ 600,000; y la fracción básica exenta de impuesto a la renta US\$ 10,410 multiplicado por seiscientas fracciones es US\$ 6'246,000; entonces el menor valor es US\$ 600,000, por lo tanto los accionistas de esa subsidiaria con operaciones de crédito mayores a US\$ 600,000 son considerados vinculados; no así aquellos con créditos menores a ese valor.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

I.a.1.1. Vinculación aplicable a personas jurídicas

Caso 1: “Las personas jurídicas en las cuales los administradores o funcionarios que aprueban operaciones de crédito de una entidad financiera posean directa o indirectamente más del 3% del capital de dichas sociedades” COMF. Art. 216 (3).

Como puede observarse esta vinculación está dirigida a las sociedades/clientes que tienen como accionistas a funcionarios del área de crédito de la institución financiera, respecto a su vinculación como receptoras o beneficiarias del crédito (cliente), si tales funcionarios bancarios poseen más del 3% del capital de la sociedad cliente.

Caso 2: “Las personas jurídicas en las que los cónyuges, los convivientes, los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los administradores o de los funcionarios que aprueban operaciones de crédito de una entidad financiera, posean acciones por un 3% o más del capital de dichas sociedades”. COMF. Art. 216 (7).

Esta vinculación trata la relación de las personas jurídicas (clientes) vinculadas por el parentesco con los funcionarios bancarios, que a su vez son propietarios del 3% de las acciones del cliente deudor. Se distingue del numeral 3 en que aquí la vinculación es de los parientes relacionados a la sociedad cliente.

III.c.1.2. Vinculación aplicable a personas naturales

Caso 1: “Los parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad y los parientes del segundo grado de afinidad de los accionistas con más del 12% del paquete accionario y de los administradores de una entidad financiera” [

COMF. Art. 216 (5).

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

Esta disposición es una versión de parentesco con los accionistas para un nivel menor de consanguinidad y afinidad en relación al numeral 4, fijándose la vinculación si los accionistas fuesen propietarios del 12% del paquete accionario.

Caso 2: “Los cónyuges, los convivientes o los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los funcionarios de una entidad financiera que aprueban operaciones de crédito” COMF. Art. 216 (6).

Este numeral no amerita mayor explicación, es una combinación de vinculación por parentesco del cliente beneficiario con el funcionario bancario que aprueba los créditos.

Caso 3: “Los cónyuges, los convivientes o los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y los parientes hasta el primer grado de afinidad de los accionistas que sean personas con propiedad patrimonial con influencia y de los administradores de una entidad financiera” COMF. Art. 216 (4).

Esta disposición es para las personas entre las que exista una relación por parentesco, en correspondencia con los accionistas que tengan la característica de influyentes por su patrimonio en la entidad del sistema financiero y los parientes de funcionarios del banco, cooperativa, etc.

Para las entidades del sector financiero popular y solidario; las cuales están contraladas por las Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS), solo existirá vinculación en los casos aplicables a personas jurídicas, y en las operaciones que sobrepasen los cupos de crédito según lo establecido en el artículo 450 del COMF y en la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (en trámite de elaboración).

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

III.c.2. Personas vinculadas por presunción

Presumir es sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello (Real Academia Española, 2001). Hay ocasiones en que el legislador establece presunciones legales con la finalidad de proporcionar seguridad a ciertas circunstancias jurídicamente relevantes o para preservar bienes jurídicos característicamente valiosos. En estos casos, la ley considera la existencia empírica de situaciones repetidas, por lo general reconocidas, para posicionarlas al nivel de presunciones. Y para que una presunción legal se la acoja como constitucional es obligatorio que la misma se presente como razonable, que persiga un fin legalmente valioso, y que sea útil, y rigurosamente equilibrada para lograr el insinuado fin. Sin embargo, al ser una presunción legal, la persona afectada tendrá siempre la oportunidad de demostrar la inexistencia del hecho presumido. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-388 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: abril 5 de 2000).

Según COMF. art. 217, establece cinco casos de “personas vinculadas por presunción”, en las entidades del sistema financiero nacional, estos casos aplican para personas naturales y jurídicas:

Caso 1: “Las que hayan recibido créditos en condiciones preferenciales por plazos, tasas de interés, falta de caución o desproporcionadas respecto del patrimonio del deudor o de su capacidad de pago” (COMF). Como por ejemplo, un préstamo concedido al cliente N.N. por US\$ 3 millones, a 4 años plazo, con 4% de interés anual, garantía de un terreno de US\$ 50,000. Puede añadirse también créditos vencidos en los que no existe gestión de cobro o demandas.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

Caso 2: “Las que hayan recibido créditos no garantizados adecuadamente, sin antecedentes o domiciliados en el extranjero y sin información disponible sobre ellos” (COMF). Ejemplo: Un préstamo ordinario en monto, plazo e interés, pero, sin garantías reales, tales como bienes muebles e inmuebles.

Caso 3: Las que hayan recibido créditos por reciprocidad con otra entidad financiera”. Sucede cuando entre funcionarios o accionistas de dos o más instituciones financieras se conceden préstamos mutuamente.

Caso 4: Las que tengan tratamientos preferenciales en operaciones pasivas”. Como por ejemplo, si se reciben depósitos a plazo con tasas de interés superiores a las normales del mercado, sucedería si actualmente el banco recibe un depósito a plazo de cualquier valor y vencimiento al 15% de interés anual.

Caso 5: “Las que se declaren presuntivas, con arreglo a las normas de carácter general dictadas por los organismos de control”. Como se mencionó anteriormente están por realizarse varios reglamentos los cuales abarcaran lo que ha normado el COMF sucintamente y la SBS será quien especifique quienes más pueden ser personas vinculadas por presunción.

III.d. Violando expresas disposiciones legales

A las entidades del sector financiero se les prohíbe ejecutar operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios con personas vinculadas directa o indirectamente por administración; a las entidades privadas se da la misma prohibición de operaciones según su vinculación con la propiedad. COMF art. 215. En los párrafos siguientes se explica en qué consisten estas operaciones.

Operaciones activas, corresponden a las colocaciones de préstamos mediante la modalidad de créditos ordinarios y extraordinarios ya sean de carácter

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

comercial, industrial, de consumo, para la vivienda, y microcréditos, todos los cuales en su conjunto se denominan “cartera de crédito” los mismos que son concedidos por todas las entidades del sistema financiero. También incluyen inversiones efectuadas en papeles por emisión de obligaciones y titularizaciones.

Operaciones pasivas, residen principalmente en las captaciones recibidas del público tales como depósitos a plazo y de ahorro. Estos fondos también pueden provenir de préstamos recibidos de organismos financiadores nacionales como la Corporación Financiera Nacional (CFN), e internacionales como Banco Internacional de Desarrollo (BID), Banco Mundial (BM), o Corporación Andina de Fomento (CAF).

Operaciones contingentes; corresponden a las transacciones bancarias por otorgamiento de garantías, avales, y similares utilizadas en el comercio local e internacional, principalmente por importaciones de materias primas, productos y maquinarias.

Servicios financieros; corresponden a las operaciones que ejercen las entidades, por segmentos, los cuales son almacenes generales de depósito o almaceneras; casas de cambio; y, corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas.

III.d.1. Excepciones a la prohibición

De las operaciones activas, se permite adquirir, conservar y enajenar, por cuenta propia o de terceros, títulos emitidos por el ente rector de las finanzas públicas (Ministerio Coordinador de Política Económica) y por el Banco Central del Ecuador COMF art 194 num. 1(a)(7). De las operaciones pasivas, se pueden recibir depósitos a la vista, y depósitos a plazo COMF art. 194 num. 1 (b)(1),

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

1(b)(2). Los servicios financieros permitidos son lo de efectuar servicios de caja y tesorería; recibir y conservar objetos, muebles, valores y documentos en depósito para su custodia y arrendar casilleros o cajas de seguridad para depósitos de valores; COMF art. 194 num. 1(d)(1), 1(d)(4). Además las entidades si pueden emitir tarjetas de débito y pago en favor de las personas vinculadas a ellas.

Las entidades financieras públicas y privadas están autorizadas para conceder operaciones de crédito en favor de sus empleados que no pertenezcan a la administración, solamente en condiciones de mercado y dentro de los límites que determine la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, que actualmente no podrán superar US\$ 260,250 equivalente a veinticinco fracciones básicas exentas del impuesto a la renta (25 x US\$10,410).

Las entidades de economía popular y solidaria podrán realizar estas operaciones de crédito con sus empleados y con los miembros de los consejos, gerencia, empleados con decisión o participación en operaciones de crédito e inversiones, sus cónyuges o convivientes y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, considerando los cupos de crédito, que para el segmento 1 no podrán exceder el 10% del patrimonio técnico en el caso de crédito a grupos; y para el caso de crédito individual no será superior al 1% calculado al cierre del ejercicio anual al de la aprobación de los créditos. Los cupos para los otros segmentos serán determinados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Además, se permite a los vinculados por gestión o administración de las entidades financieras y sus parientes, a operaciones de crédito educativo en la misma entidad en que laboran.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

III.e. En perjuicio de la institución financiera

El perjuicio es una lesión económicamente valorable en el patrimonio de en el presente caso la entidad financiera que ha concedido el crédito vinculado; tal daño se da por medio de una pérdida o por no generarse el beneficio esperado (Círculo de Lectores, 1984). Como es notorio conceder créditos a personas vinculadas en condiciones preferenciales con bajas tasas de interés, garantías inadecuadas y plazos inusuales, perjudica a cualquier institución bancaria, al igual que recibir depósitos a plazo con altas tasas de interés. Inclusive aunque los deudores vinculados cancelen las obligaciones, la concesión de los créditos es ilegal. No obstante, merece recalcar en este análisis que ciertos créditos vinculados, aunque están prohibidos por los COIP y COMF, si fuesen concedidos en condiciones normales (tasa de interés, garantías y plazos) y recuperados en el plazo previsto, en ese caso no causan perjuicio económico a la institución financiera, pero por su naturaleza son ilegales sujetos a sanciones penales.

III.f. Consecuencias Jurídicas

Una vez cumplida las condiciones llega a configurarse el tipo penal que como consecuencia causará que los sujetos activos sean sancionados con una pena privativa de libertad de siete a diez años. Pero aquella no es la única consecuencia por haber otorgado o recibido créditos prohibidos por la ley, de acuerdo con disposiciones legales contenidas en la LORTI, los créditos vinculados o con partes relacionadas no pueden considerarse incobrables, y por lo tanto no son deducibles de la utilidad neta de las sociedades para el cálculo del impuesto a la renta.

(...) No se reconoce el carácter de créditos incobrables a los créditos concedidos por la sociedad al socio, a su cónyuge o a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad ni los

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

otorgados a sociedades relacionadas. En el caso de recuperación de los créditos, a que se refiere este artículo, el ingreso obtenido por este concepto deberá ser contabilizado, caso contrario se considerará defraudación.

El monto de las provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad o pérdida del valor de los activos de las instituciones del sistema financiero, que se hagan con cargo al estado de pérdidas y ganancias de dichas instituciones, serán deducibles de la base imponible correspondiente al ejercicio corriente en que constituyan las mencionadas provisiones. Las provisiones serán deducibles hasta por el monto que la Junta Bancaria, para el Sector Financiero o la Junta de Regulación del Sector Financiero Popular y Solidario, para el Sector Financiero Popular y Solidario, lo establezca.” LORTI art. 10 num. 11

Estas prohibiciones de cargar a gastos las cuentas incobrables a vinculados es para evitar disminuir fraudulentamente los activos (cartera de crédito) y que las utilidades de las Instituciones financieras y sociedades en general se reduzcan y cometan la irregularidad de pagar menos 15% de participación a empleados e impuesto a la renta.

IV. Conclusión

Fueron sucesivas reformas las que extendieron la responsabilidad del tipo penal de peculado. En un inicio se amplió la imputabilidad de este delito comenzando por las personas encargadas de prestar servicios públicos, hasta que se extendió la responsabilidad a los vocales de directorios o consejos, administradores, funcionarios, ejecutivos y empleados de todas las instituciones del sistema financiero nacional. En el contenido de este análisis el peculado

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

bancario en su modalidad de créditos vinculados está contenido en el COIP, como extensión a lo que es peculado. Este delito de carácter financiero, ha sido incluido desde códigos penales anteriores en los delitos contra la Administración pública. Queda en claro que en el peculado el bien que se desea proteger es la probidad de los funcionarios del Estado, mientras el peculado denominado “bancario” lo que desea preservar es la confianza de sus clientes y la protección patrimonial de ellos y la institución.

En la modalidad de peculado por créditos vinculados los sujetos activos y pasivos de este delito son sujetos múltiples; y la ley penal en blanco del tipo de peculado bancario en su modalidad de créditos vinculados es la normativa que regula las entidades financieras, el COMF. De otorgarse un crédito vinculado los sujetos a los que se imputará el delito, serán el que lo concede y el que lo recibe por sobrepasar lo que se llama el riesgo permitido dentro de la actividad financiera.

Las diferentes formas de vinculación de las personas con una institución financiera, son los casos de accionistas, administradores y parientes, así como las personas jurídicas en las que posean acciones. Se prohíbe expresamente las operaciones vinculadas, pero se exceptúan ciertas operaciones activas, pasivas y de servicios. Como consecuencias jurídicas se encuentra la pena en la que se sanciona con la privación de libertad; adicionalmente, deberán saldar sus cuentas como lo dispone la LORTI al aclarar que los créditos vinculados no podrán asignarse como incobrables.

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

Referencias bibliográficas

Albán Gómez, E. (2011). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano Tomo II Parte Especial* (Tercera ed.). Quito: Ediciones Legales.

Calvachi Cruz, R. (2000). *Revista Jurídica Online*. Recuperado el 2014, de http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_el_peculado.pdf

Cantalapiedra, M. (s.f). *Expansión.com*. Recuperado el 2014, de <http://www.expansion.com/diccionario-economico/credito-bancario.html>

Chiriboga Mosquera, G. (2010). *Universidad San Francisco de Quito*. Recuperado el 2014, de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/915/2/98093%20%28Tesis%29.pdf>

Círculo de Lectores. (1984). *Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo*. Barcelona: Círculo de Lectores.

Cueva Carrión, L. (2006). *Peculado Tomo I: Teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.

Cueva Carrión, L. (2007). *Peculado Tomo II: Teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.

de Miguel, J., Miranda, F., Pallas, J., & Peraza, C. (2003). *Scribd*. Recuperado el 2014, de <https://es.scribd.com/doc/166066397/Riesgo-de-Credito>

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

- Labatut Glana, G. (2007). *Derecho Penal Tomo I* (Novena ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Mir Puig, S. (24 de octubre de 2003). *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>
- Paredes Escobar, C. (2009). *Universidad Andina Simón Bolívar*. Recuperado el 2014, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf>
- Peña Cabrera, A. (2009). *Derecho Penal Económico: Un estudio dogmático a los Delitos Económicos, Financieros y Monetarios*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Perez Alonso, E. (1994). Las reglas de la técnica en Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal*, 307-342.
- Quintero Erazo, E., & Vivar Álvarez, J. (2013). *Universidad Católica Santiago de Guayaquil*. Recuperado el 2014, de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/123456789/460/1/T-UCSG-POS-MDP-5.pdf>
- Raza, S. (2008). *El peculado bancario en la crisis financiera de 1998* (Vol. 81). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/?val=presumir>

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

- Revista Líderes. (14 de 09 de 2014). *Patricio Rivera: 'La Junta tendrá que establecer 300 regulaciones en el Código'*. Recuperado el 2014, de http://www.revistalideres.ec/entrevista/Patricio-Rivera-politica-economia-ministro-codigo-monetario-financiero_0_1212478742.html
- Ruiz, D. (2011). *Actualidad Jurídica Uría Menendez*. Recuperado el 2014, de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3212/documento/art28.pdf?id=3357>
- Silva Sánchez, J.-M. (1995). *Universidad de Castilla La Mancha*. Recuperado el 2014, de http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20%28Documentos%29/Num_16/LEGISLACION%20PENAL.pdf
- Villavicencio Terreros, F. (2007). *Revista Derecho PUCP*. Recuperado el 2014, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2951>

EL PECULADO BANCARIO EN SU MODALIDAD DE CRÉDITOS VINCULADOS

Leyes

- Código Orgánico Monetario y Financiero COMF. Registro Oficial Suplemento 332. Septiembre 12 de 2014 (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal COIP. Registro Oficial Suplemento 180. Febrero 10 de 2014 (Ecuador)
- Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno LORTI. Codificación 26
Registro Oficial Suplemento 463. Noviembre 17 de 2004

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-388 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: abril 5 de 2000).
- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa 210-2002-MG (julio 5 de 2004)
- Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Gaceta Judicial 9. Marzo 25 de 2002