



**UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
ESCUELA DE NEGOCIOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
“RAMIRO BORJA Y BORJA”**

**TRABAJO DE CULMINACION DE CARRERA PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TITULO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL
ECUADOR**

CON MENCIÓN EN EL TEMA

**“ANÁLISIS DE LAS CAUSAS QUE ORIGINARON LA CRISIS
FINANCIERA DE LOS BANCOS ECUATORIANOS DURANTE
LOS AÑOS 1998 Y 1999 Y PROPUESTAS PARA
FORTALECER Y GARANTIZAR LOS DINEROS DE LOS
DEPOSITANTES”**

**Autor
Andrés Montes de Oca**

**DIRECTOR
Ab. Víctor Gortaire**

**Guayaquil – Ecuador
Abril 05 - 2011**

DECLARATORIA DE AUTORÍA

Yo, Andrés Montes de Oca declaro ser el autor exclusivo del presente Trabajo de Culminación de Carrera.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi competencia y responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacífico – Escuela de Negocios, para que pueda hacer uso del texto completo del presente Trabajo de Culminación de Carrera titulado: “ANÁLISIS DE LAS CAUSAS QUE ORIGINARON LA CRISIS FINANCIERA DE LOS BANCOS ECUATORIANOS DURANTE LOS AÑOS 1998 Y 1999 Y PROPUESTAS PARA FORTALECER Y GARANTIZAR LOS DINEROS DE LOS DEPOSITANTES”, con fines académicos y/o de investigación.

Guayaquil, abril 05 de 2011


Andrés Montes de Oca

CERTIFICACIÓN

Abogado, Víctor Gortaire Gómez, con matrícula profesional No. 8759 del Colegio de Abogados del Guayas, profesor de la Universidad del Pacífico, Facultad de Derecho, en mi calidad de Director del Trabajo de Culminación de Carrera del señor Andrés Montes de Oca, egresado de esta Universidad, CERTIFICO: que es el autor inédito del presente Trabajo, y su contenido es original y auténtico.

Guayaquil, abril 05 de 2011



Ab. Víctor Gortaire Gómez

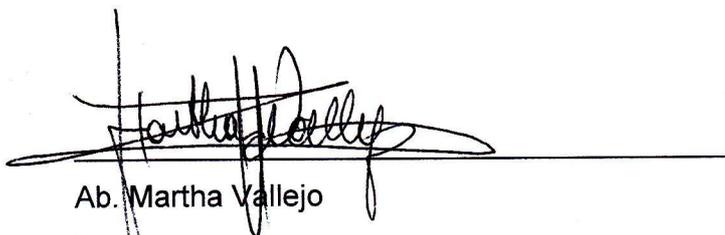
DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

La Universidad del Pacífico se compromete a no difundir públicamente el contenido del presente Trabajo de Culminación de Carrera, titulado: "ANÁLISIS DE LAS CAUSAS QUE ORIGINARON LA CRISIS FINANCIERA DE LOS BANCOS ECUATORIANOS DURANTE LOS AÑOS 1998 Y 1999 Y PROPUESTAS PARA FORTALECER Y GARANTIZAR LOS DINEROS DE LOS DEPOSITANTES", cuyo autor es el señor Andrés Montes de Oca, considerando que contiene información confidencial.

De igual manera, se deja constancia que cinco copias digitales del presente trabajo estarán bajo la custodia de la Universidad del Pacífico, y podrá ser utilizado para fines de investigación o académicos.

Como constancia de lo anterior, suscribe el presente documento de confidencialidad:

Guayaquil, abril 05 de 2011

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martha Vallejo', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat cursive.

Ab. Martha Vallejo
Decana
Facultad de Derecho

AGRADECIMIENTO

Antes de empezar mi tesis de grado quiero expresar mi agradecimiento imperecedero a los maestros que me enseñaron el camino a seguir hasta llegar a mi meta, pues de cada uno de ellos he aprendido nuevas virtudes, nuevas actitudes para enfrentar la vida en todas sus facetas y problemas. Esa enseñanza ha forjado mi carácter, con el ejemplo que me han dado, me han hecho pensar en la influencia que se recibe, de personas impecables, que le inspiran a decir “quisiera ser como el” pues en cada materia ingresa a nuestro entendimiento lo que nos hace mejores hijos, mejores ciudadanos.

Una vez más, gracias por la sabiduría y entereza que he asimilado.

DEDICATORIA

A mi familia, en especial a mi padre, que han sido mi apoyo incondicional, mi guía; y a mi hija Isabel, que siempre será mi inspiración. Para ellos esta dedicada mi vida entera.

ÍNDICE

Declaración de autoría	2
Certificación	3
Documento de confidencialidad	4
Agradecimiento	5
Dedicatoria	6
Introducción.....	9-11
Capítulo I	12
Antecedentes.....	12
1.1 Objetivo General	12
1.2 Objetivo Específico	12-13
1.3 Justificación de la Tesis	13
1.4 Hipótesis.....	13-14
CAPÍTULO II	15
CAUSAS DE LA CRISIS FINANCIERA	15
2.1 Factores Internos	15-18
2.2 Factores exógenos	18-20
2.3 Oportunidad y Prevención Oportuna por parte de las Entidades de Control	20-22
2.4 Préstamos Vinculados.....	23-25
CAPÍTULO III	26
EFFECTOS DE LA CRISIS FINANCIERA	26
3.1 Afectación Financiera y Tipo de Cambio del Dólar Respecto al Sucre	26-27
3.2 Principales Bancos Afectados	28-29
3.3 El Salvataje Bancario	29-31
3.4 Creación de la Agencia de Garantía de Depósitos....	31-32

3.5 Límite de Cobertura de la AGD	32-35
3.6 Comentario Respecto a la Creación de la AGD, ¿Fue Acertada o No?	35
CAPÍTULO IV	36
FIGURA LEGAL APLICABLE PARA LOS DELITOS FINANCIEROS.....	36
4.1. El Peculado Bancario	36-39
4.2 La Prescripción	40-41
4.3 Del Juzgamiento en Ausencia	41-42
4.4 Jurisprudencias Aplicables a este Tipo de Delitos.....	42-46
4.5 Resumen de Juicios Derivados de la Crisis Bancaria..	46
4.5.1 Juicios Coactivos	46
4.5.2 Juicios Ordinarios	46
4.6 Análisis y comentarios	47-49
CAPÍTULO V	50
SEGURIDAD FINANCIERA ACTUAL	50
5.1 Reserva Legal	50
5.1 Otras Reservas	50-51
5.3 Encaje Bancario	51-55
5. 4 El Fondo de Liquidez	55-62
Conclusiones.....	63-66
Mensaje de Reflexión.....	66
Bibliografía	67-68

INTRODUCCIÓN:

De manera general las deudas de los países en América Latina a mediados de 1998 fueron renegociadas mediante acuerdos como el Plan Brady y Club de París [Ugarteche, 1998]. Las deudas nuevas fueron pasadas al sector privado; y, la deuda del sector público fue canalizada a través de la banca multilateral.

En general, la mayoría de los países latinoamericanos sufrieron y sufren el peso de los intereses de costosos créditos multilaterales, con excepción de los países más desarrollados económicamente, como México, Brasil, Chile y Argentina. Estos créditos son una carga para el desarrollo de los países, pues los deudores asumen el riesgo cambiario del dólar, así como el riesgo de tasas de interés.

Durante la década de los años 90, Ecuador sufrió una serie de eventos que afectaron su estabilidad. En 1998 el fenómeno natural de “El Niño”, afectó la producción agrícola en varios países de la región. Entre 1998 y 1999 los precios del petróleo bajaron, y se vivía una crisis financiera internacional. En los años 1999 y 2000 el sistema financiero nacional fue afectado por el cierre o transferencia al Estado de más de la mitad de los principales bancos del país. Como resultado, en 1999 el ingreso por habitante cayó en 9%, luego de haber declinado el 1% en 1998, y sólo, a partir del 2000 empieza una leve recuperación que tiende a estancarse en el 2003.

La crisis se manifestó en una vertiginosa expansión del desempleo, el subempleo y la pobreza. La tasa de desempleo abierto ascendió, en las tres principales ciudades del país del 8% en 1998 al 17% a mediados de 1999, mientras la pobreza urbana pasó del 36% al 65%. La crisis produjo

también una masiva migración internacional. Se estima que al menos 1'000.000 de ecuatorianos salieron del país a partir de 1998.

En 1998 se hacen evidentes los efectos acumulados de la situación económica del país y su alto endeudamiento. Como se mencionó anteriormente, el fenómeno del Niño, hizo que la producción agrícola se estancara, mientras que la recesión de la economía hizo que se acumularan obligaciones vencidas en el sistema financiero, aumentando el endeudamiento de los empresarios con créditos internacionales.

El incremento acelerado de la cartera vencida producto de la depresión de los negocios por tres años consecutivos, unida a una situación de crisis fiscal, y falta de prevención oportuna por parte de las entidades de control financiero, provocaron que el público comenzara a retirar dinero de los bancos, con el objeto de protegerse en dólares. Esto ocasionó iliquidez en la banca privada y, a su vez, préstamos de liquidez al Banco Central, que no pudieron pagar, provocando primero el feriado bancario, el cierre de las instituciones financieras con problemas, la declaratoria de saneamiento; y, la posterior liquidación.

Finalmente, a través de la Ley Para la Transformación Económica del Ecuador, denominada popularmente como TROLE 1, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 del 13 de marzo de 2000, se estableció al dólar como la moneda de curso legal del país, iniciándose como consecuencia la dolarización en nuestro país.

Esta tesis está dividida en cinco capítulos estructurados de la siguiente forma:

En el CAPITULO I, analizaremos los ANTECEDENTES DE LA CRISIS FINANCIERA, utilizando métodos de investigación, el detalle de los objetivos, la justificación y las hipótesis.

En el CAPITULO II, trataremos sobre LAS CAUSAS INTERNAS Y EXTERNAS DE LA CRISIS FINANCIERA, considerando que en la práctica se presentaron ambos factores; independientemente del abuso sobre la concesión de créditos vinculados, y otras violaciones de índole legal en la que incurrieron los accionistas de las Instituciones financieras que resultaron finalmente afectadas.

El CAPÍTULO III, ésta reservado para analizar los EFECTOS DE LA CRISIS FINANCIERA, esto es, a las repercusiones de índole financiero que gravaron a las personas naturales, jurídicas y al país como tal.

En el CAPITULO IV, ACCIONES LEGALES TOMADAS CONTRA LOS ACCIONISTAS DE LA BANCA PRIVADA QUE ENTRÓ EN PROCESO DE SANEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN FORZOSA, realizaremos un análisis jurídico respecto a las acciones civiles y penales asumidas por el estado contra los causantes de la crisis.

En el CAPÍTULO V, SITUACIÓN ACTUAL, revisaremos cuál es la situación de los depositantes que fueron afectados, y las acciones que ha tomado el gobierno, a través de la banca cerrada para resarcir a sus acreedores. Finalmente encontraremos las conclusiones sobre el presente trabajo

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

Esta tesis está orientada a establecer las causas generales y específicas que motivaron la crisis financiera que afectó al Ecuador al final del siglo pasado, así como también a proponer reformas legales que prevengan riesgos económicos a los clientes de la banca privada, reforzando los controles y las garantías que deben privilegiar a los depositantes. Para ello propongo lo siguiente:

1.1 Objetivo General.-

El objetivo general de este trabajo es analizar los orígenes de la crisis económica ecuatoriana de los años 1998-1999 y 2000, y su repercusión en el sistema financiero nacional, así como también determinar las falencias en las disposiciones legales en aquella época, que permitieron una falta de control oportuno por parte de las entidades de control, así como también la concesión de créditos vinculados con el agravante de su otorgamiento sin las garantías suficientes.

1.2 Objetivo Específico.-

- Identificar las causas generales y específicas que originaron la crisis.
- Analizar las medidas tomadas para contrarrestar la crisis y su impacto.
- Analizar las consecuencias de la decisión tomada por el gobierno nacional en la economía ecuatoriana

- Propuesta de reforma legal que fortalezca la situación de los depositantes frente a eventuales problemas de iliquidez de la banca.

1.3 Justificación de la Tesis.-

Una vez que identifiquemos todos los factores relacionados con la problemática que analizamos en este trabajo, estaremos listos para proponer reformas legales encaminadas a fortalecer y establecer controles capaces de evitar perjuicios económicos a los depositantes. Estas propuestas estarán relacionadas con las siguientes normas: 1) Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en aspectos relacionados con la reserva legal, la reserva facultativa, el encaje bancario y básicamente el fondo de liquidez; 2) Ley de Régimen Monetario del Banco del Estado; y, 3) Código Penal.

1.4 Hipótesis

En el Ecuador han sido múltiples los acontecimientos que han estancado su desarrollo, y al final del siglo XX, entre 1997 y 2001, sucedió una de las peores crisis bancarias de su historia, cuyas consecuencias políticas, económicas y sociales fueron terribles para el país entero.

En efecto, toda esta situación degeneró en el perjuicio a miles de ecuatorianos y extranjeros que habían confiado en la banca nacional, y también a los banqueros honestos, perjudicados por las quiebras fraudulentas, provocadas por malas administraciones y falta de controles adecuados. Se llegó hasta el congelamiento de depósitos, la pérdida de las inversiones, degenerando en la inflación, la devaluación monetaria, la pérdida de la moneda ecuatoriana "El Sucre", y finalmente la adquisición del dólar de los Estados Unidos de América como moneda oficial.

Las consecuencias de la crisis bancaria, del cierre de varios bancos, se seguirá sintiendo en el país por el perjuicio causado a los depositantes que aún no logran recuperar la totalidad de sus acreencias; y en otros casos, han fallecido. Esto como corolario de un proceso inflacionario, con decrecimiento económico, que, aunado a graves falencias de supervisión bancaria, dejaron en la población una profunda huella de dolor, muy difícil de borrar.

Si bien la crisis nos llevó a la dolarización, ésta no debe considerarse como la panacea o el remedio al desastre. Los sistemas monetarios y cambiarios no procuran soluciones a los complejos problemas de la sociedad, pero sí debemos aceptarla como una oportunidad para evitar que se repitan practicas monetarias que resultaron funestas y también para mejorar el sistema financiero y económico.

CAPÍTULO II

CAUSAS DE LA CRISIS FINANCIERA

2.1 Factores Internos

A partir de 1995, en el Ecuador se terminaron los esfuerzos de estabilización de la economía y se acumularon una serie de desequilibrios que se desatan a partir de 1998. La inflación, en 1999, sube hasta el 60% (INEC,1999). La emisión monetaria de alrededor del 150% y la depreciación del Sucre aumento a más del 190%. Después de un estancamiento del PIB durante 1997 y 1998, en 1999 cae a – 7.3%, la más alta de la historia del país desde que se tienen informaciones oficiales. Por su parte, la demanda interna disminuye sobre el 10%. Como resultado de esta situación el desempleo y el subempleo suben, en el

último año al 16% y 57%, respectivamente, lo que evidenció que alrededor del 75% no tenía pleno empleo y que más de los 2/3 de la población se encontraban en situación de pobreza. El salario mínimo vital, incluyendo todos los ingresos, cayó a menos de 53 dólares por mes.

Respecto de los indicadores macro económicos, el déficit fiscal que era de - 1.5% respecto del PIB aumenta hasta - 5.8%. No obstante, el pago de los intereses de la deuda pública (interna y externa) se incrementa al 7% del PIB. Si al pago de intereses agregamos la amortización de la deuda pública, las necesidades brutas de financiamiento fueron de casi el 11.8% del PIB en 1998 y 11% en 1999. Por otra parte, el servicio de la deuda pública total (externa e interna) de alrededor de 16.000 millones de dólares, se aproxima al 50% de las exportaciones de bienes y servicios no factoriales. En una situación de déficit fiscal y de alta carga del servicio de la deuda, se comprende que, en octubre de 1999 el Ecuador, sugerido por el Fondo Monetario Internacional y el Tesoro norteamericano, haya dejado de pagar los bonos Brady que luego se extendió a los eurobonos y a la deuda privada.

La más clara evidencia de la deplorable y grave situación económica y financiera que agobiaba al país se reflejó en la crisis de los bancos. Las instituciones financieras en forma literal “estaban viviendo del Estado”. Los créditos netos otorgados por el Banco Central del Ecuador al sistema financiero nacional pasaron de 108 en 1990 a 5.490 mil millones de sucres en el año de 1999.

En efecto, desde 1998, se desata la crisis bancaria que llevó a importantes bancos, entre ellos al FILANBANCO, PROGRESO y PREVISORA, entre otros (todos privados), a solicitar al Estado, el

otorgamiento de préstamos de liquidez y/o subordinados, para atender su iliquidez.

Esta situación se constata, por ejemplo, en el crecimiento de la emisión monetaria que pasa de 4.192 en 1998 a 7.683 mil millones de sucres en 1999¹. Esto refleja la forma poco responsable como actuaron las autoridades económicas del país al recurrir a la emisión inorgánica de dinero con lo cual se estimuló el crecimiento del impuesto más regresivo para la población: la inflación.

De la misma forma, el vertiginoso crecimiento de la cartera vencida que registraron los bancos durante la década del noventa, la misma que pasó de 49 mil millones de sucres en 1990 a 18.049 mil millones de sucres en 1999.

Por una parte, se evidenció el deterioro en el ingreso de la población ecuatoriana que se vio en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones crediticias y, por otra, se puso en claro, más tarde, las acciones irregulares cometidas por los dueños y administradores de muchos bancos quienes acudieron a créditos vinculados.

En definitiva, toda esta convulsión económica, financiera y social llevó al ex - Presidente Jamil Mahuad (9 de enero de 2000), sin sustento técnico que lo justifique, a adoptar el sistema de la dolarización de la economía (ratificada el 22 de enero de 2000 por el presidente Gustavo Noboa).

Empero, en la práctica, la dolarización implicó al país la imposibilidad de manejar su política monetaria y cambiaria, debido a su

¹ Boletín BCE, noviembre 1998

dependencia no solamente del mercado norteamericano sino también de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América, en cuanto a que las variaciones en política monetaria de ese país tienen impacto directo en la economía del Ecuador.

Por su parte, si las empresas ya no cuentan con mecanismos como la política cambiaria que les respalde en cuanto a lograr competitividad en el mercado internacional (a través de devaluaciones), deberán reducir costes vía restricción de puestos de trabajo (crece desempleo) o reducción salarial (aumento de niveles de pobreza y marginalidad)².

Como resultado de todo esto, en el año 2001, el Ecuador se desarrolló en un ambiente de intranquilidad y alta desconfianza en la que la conflictividad social aumentó, se produjo el cierre definitivo del principal banco del país, 'FILANBANCO', en un ambiente donde la corrupción se puso de manifiesto nuevamente.

2.2 Factores Exógenos.-

Al momento de analizar el desarrollo de la economía mundial en el año 1998, resulta imposible evitar el término "crisis" como elemento predominante. El año que dio comienzo al síndrome de la crisis desatada en el sudeste asiático en el segundo semestre de 1997, concluyó con la devaluación del real brasileño, que desencadenó en la inestabilidad de la economía más importante del subcontinente latinoamericano: Brasil. Así pues, de la crisis asiática a la del Brasil, pasando por la deflación en Japón, el desplome de la economía rusa en el mes de agosto del mismo año, los sobresaltos de otoño en los mercados de valores de Norteamérica y Europa, la caída de los precios de las materias primas y su influencia en las economías de los países en desarrollo y, desde luego,

² Macroeconomía y Economía Política en dolarización, Alberto Acosta y Salvador Marconi

la puesta en marcha de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria en Europa, fueron movimientos decisivos para la economía mundial en ese año.

Como característica principal de la crisis de 1998 se desprende el hecho de ser la primera que experimenta la economía mundial en la era de la globalización.

La realidad es que la crisis estalló de manera inesperada y se materializó fundamentalmente a partir de la huida masiva de fondos que habían acudido en los años anteriores al calor de la liberalización. Además, esta variación de los flujos de capital a corto plazo se incrementó en 1998 por encima de lo esperado. Por otra parte, la repentina aversión al riesgo en los inversores internacionales ejerció un efecto de contagio sobre los mercados emergentes, de manera singular en América Latina. Como contrapartida, dio lugar a una huida hacia la calidad, buscando refugio en los activos más seguros de Estados Unidos y Europa, donde esta afluencia de capitales propició un descenso de los tipos de interés y una prolongación de la fase alcista de los mercados de valores.

Un hecho singular en esta crisis financiera fue el de un especial tipo de inversor: los fondos de cobertura (hedge funds), organismos no sujetos a supervisión por parte de las autoridades monetarias y especializados en sofisticadas operaciones de especulación, apoyadas con recursos obtenidos en los mercados de capitales (créditos bancarios fundamentalmente), que les permiten apalancar operaciones por valores que multiplican considerablemente el de sus fondos propios. Uno de los más importantes hedge funds de EEUU, el "Long Term Capital

Management” (LTCM), apareció en la serie de turbulencias producidas en los mercados de capital y forzó a la Reserva Federal a orquestar una operación de rescate en el curso de horas, para evitar un derrumbe que, según explicó posteriormente el propio Alan Greenspan³, hubiera puesto en peligro el conjunto del sistema financiero norteamericano.

Se completa la crónica de 1998 con el estallido de la crisis del real brasileño en el mes de enero de 1999, que se incubó durante la segunda parte de 1997. En ese período el nivel de las reservas exteriores de Brasil se redujeron a la mitad, poniendo de relieve la desconfianza con que los inversores contemplaban la situación de la economía más importante de Sudamérica.

Las repercusiones que esta crisis acarreo para el resto del mundo, particularmente en donde se destacaban las economías más cercanas, Argentina y Uruguay, cuyo comercio exterior con su gran vecino alcanzó el nivel del 30% del total de las exportaciones, las de los países emergentes y también las de los países industrializados.

Los países latinoamericanos se vieron afectados por las presiones desatadas sobre los mercados emergentes, a raíz de las crisis asiática y rusa, así como por el menor dinamismo del comercio internacional (especialmente para países como Chile, con un tercio de su mercado en Asia) y por la caída de los precios de las materias primas (de manera

³ **Alan Greenspan**, economista estadounidense judío que fue Presidente de la Reserva Federal de EE.UU. entre 1987 y 2006.

singular en el caso de países con fuerte dependencia del petróleo, como México y, en mayor medida aún, Venezuela).

Es importante resaltar la incidencia de la situación creada por la crisis brasileña de comienzos de 1999 que, sin duda, condicionó el desarrollo de prácticamente todas las economías de América Latina, cuyo ritmo de crecimiento descendió sensiblemente en 1998.

2.3 Oportunidad y prevención oportuna por parte de las entidades de control.-

Durante 1998, el principal problema que enfrentó la economía ecuatoriana fue la crisis del sector financiero. Gran parte de los bancos e instituciones financieras del país evidenciaron dificultades de liquidez como consecuencia de la acumulación de problemas estructurales, derivados, entre otros factores, de una inadecuada administración y supervisión bancaria por parte del estado, y de una macroeconomía desordenada a nivel de sus principales variables.

Ante la crisis del sistema financiero ecuatoriano, el Banco Central del Ecuador, cumpliendo su rol de prestamista de última instancia que le asignaba la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, a fin de reducir los riesgos de una crisis sistémica con impredecibles consecuencias, solventó las deficiencias de liquidez de algunos bancos, lo cual tuvo un impacto directo sobre el crecimiento de la emisión monetaria, que llegó a crecer hasta en 44% anual, a pesar de la agresiva política de operaciones de mercado abierto instrumentada por parte del Instituto Emisor y del incremento de las tasas de interés.

Como constancia de lo anterior, estimo necesario transcribir la disposición del artículo 24 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado (actualmente derogada), cuyo texto indicaba: *“Art. 24.- La Junta Monetaria, de acuerdo con las regulaciones que dicte para el efecto y sólo en los casos 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 sesenta días, con garantía de documentos calificados como elegibles o mediante la cesión por endoso de documentos de su cartera. El total de los créditos concedidos no superará el monto del capital pagado, reserva legal y otras reservas de la entidad prestataria que considere la Junta Monetaria”*.

Cabe señalar que de manera previa a la LGISF, estuvo vigente la “Ley General de Bancos”, la cual tuvo grandes logros, y rigió nuestra vida financiera desde 1974 hasta 1994, año en que fue derogada. Durante los años noventa, se consideró que esa ley no precautelaba los intereses de determinados sectores, y se requirió actualizarla con la tendencia de la globalización y la economía internacional; cambios que hubiesen sido efectivos si es que simultáneamente se modernizaba la estructura del sistema gubernamental del Estado y su facultad controladora.

Durante el gobierno del Arquitecto Sixto Durán Ballén, se propició la derogatoria de la Ley General de Bancos y se dio paso a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que actualmente se encuentra vigente y rige el funcionamiento del sistema ecuatoriano.

Muchos consideran que la crisis bancaria se inició desde la promulgación de la “Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”

(12 de mayo de 1994), pues con ella se dejó la puerta abierta al poco control por parte de la Superintendencia de Bancos, y a las malas administraciones de los bancos.

Por otro lado, con la aprobación de la “Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”, se dejó sin efecto la facultad discrecional que tenía el Superintendente de Bancos para aprobar la constitución de entidades del sector tomando en cuenta el interés público, ya que con esta ley se eliminó esta facultad, lo que dio lugar a la constitución de nuevas entidades sin mayores requisitos de acceso al mercado; esto, además, abrió las puertas para que se multiplique el número de bancos y demás entidades financieras en forma exagerada, produciéndose un desequilibrio insostenible.

2.4 Préstamos Vinculados

Son vinculados a una entidad de intermediación financiera las personas físicas o jurídicas que participan en ella como accionistas, miembros del Consejo de Directores o Administración, Gerentes, Funcionarios, representantes legales y empleados de la entidad, así como sus cónyuges, parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o empresas en la que éstos participen directa o indirectamente. Son vinculados también las empresas o grupos de riesgo que sin mediar relación directa de propiedad participen directa o indirectamente en la entidad, así como las que ésta a su vez controle directa o indirectamente a través de relaciones de propiedad o administración.

En la Disposición Transitoria de la “Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”, (marzo de 1999), se establecía que las operaciones

activas y contingentes que tengan la condición de créditos vinculados, tendrían que cancelarse en los plazos y los montos señalados en los documentos de crédito registrados en la contabilidad hasta el 23 de marzo de 1999.

Además, el valor de las operaciones de crédito que excedieren el límite legal previsto en los Art. 72 (concentración de créditos, 30 por ciento del patrimonio técnico) y 73 (créditos vinculados, 60 por ciento del patrimonio técnico), vigentes antes de la reforma a esta Ley, deberían cancelarse en un plazo de 90 días a partir de la vigencia de esta Ley.

Como indiqué anteriormente, existió falta de control por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, especialmente en la vigilancia y supervisión del otorgamiento de créditos vinculados, y precisamente a compañías fantasmas que resultaron ser propiedad de los mismos banqueros o de sus familiares, perjudicando con ello a miles de depositantes, que confiaron en la banca. Se dice que la razón para infringir las normas que nos rigen no deriva de la ley, sino de quienes la deben cumplir, es decir que es la calidad moral, la falta de principios de quienes administraban los bancos, o de los que administran el poder y el control, lo que permitió la crisis. Sin embargo, la ley permitió que muchos busquen las vías de transgredirla, por ello lo mejor hubiera sido mantener las prohibiciones de la extinta “Ley General de Bancos”.

Actualmente, estas operaciones de crédito se encuentran prohibidas por el imperio de la disposición contenida en el artículo 73 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cuya parte pertinente, señala: *“Art. 73.- Se prohíbe efectuar operaciones con personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la administración o la*

propiedad de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora”. (Artículo reformado por el Art. 1 de la Ley 2002-57, R.O. 494-S. 15-I-2002)

Por su parte, el artículo 74 del mismo cuerpo legal, determina los casos en los cuales se considerarán operaciones vinculadas a la propiedad o administración de las instituciones del sistema financiero, y que son:

- “a) Las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente el uno por ciento (1%) o más del capital pagado de la institución financiera o de la sociedad controladora del banco o institución financiera que haga cabeza del grupo financiero;*
- b) Las empresas en las cuales los representantes legales, administradores directos o funcionarios posean directa o indirectamente más del tres por ciento (3%) del capital de dichas empresas;*
- c) Los cónyuges o los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los representantes legales, de los administradores directos o funcionarios de una institución financiera;*
- d) Las empresas en las que los cónyuges, los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los representantes legales, de los administradores directos o funcionarios de una institución financiera, posean acciones por un tres por ciento (3%) o más del capital de dichas empresas; y,*
- e) Las que se declaren presuntivas, con arreglo a las normas de carácter general que dicte la Superintendencia de Bancos, por plazos, tasas de interés, falta de caución u otra causa, en las operaciones activas o sujetos que tengan tratamientos preferenciales en operaciones pasivas”*

CAPÍTULO III

EFFECTOS DE LA CRISIS FINANCIERA

3.1 Afectación financiera y tipo de cambio del dólar respecto al Sucre.-

El riesgo financiero que obligó al público a retener dinero en los bolsillos no era, en todo caso, una medida segura. Por esta razón, luego de la crisis del Filanbanco, el público se protegió demandando en forma creciente dólares, presionando a la tasa de cambio. Esta medida unida al hecho de que el sector empresarial y financiero estaba endeudado, buscó aprovisionarse de dólares para poder cumplir con sus obligaciones en el exterior, agudizó la depreciación del sucre y determinó que la economía ecuatoriana se encaminara a una dolarización acelerada. (Entre agosto y diciembre de 1998 el tipo de cambio para la venta pasa de 5.471 a 6.765, y de enero a diciembre de 1999, de 7.245 a 19.848 sucres por dólar; para la primera semana de enero del 2000, había llegado a más de 26.000.)

Como ya para comienzos de 1999, de otra parte, empezó a ser evidente que las tasas de interés en los depósitos a plazo tendían a ser negativas en términos reales, a pesar de la política del BCE de elevarlas nominalmente, la dolarización y la especulación con divisas, se transformaron en un negocio altamente rentable - conjuntamente con las inversiones en bienes raíces y el ahorro financiero - en el que se percibieron ganancias por parte de los diversos sectores de los agentes económicos, entre ellos los sectores productivos y financieros que habían acumulado divisas, durante 1998, circunstancias todas ellas que condujeron a la devaluación del sucre en un 196.6% hasta diciembre de 1999.

Desde la crisis del Banco del Progreso (febrero de 1999), al sector financiero le empezó a resultar cada vez más rentable su actividad, así mismo, a medida que los pasivos vencidos de los bancos se depreciaban como consecuencia de la caída del valor de la moneda, a captar ahorros en los depósitos a plazos (90 días, generalmente) mediante una elevación acentuada de las tasas de interés, para con esos recursos dedicarse, en el plazo inmediato, a especular con la divisa norteamericana, gracias a lo cual, se podían obtener, en pocos días, "ganancias cambiarias de 10% o 20%".

De hecho, también desarrollaron otras estrategias que, al cabo de un año les dieron resultados muy positivos, aunque no siempre fueron claramente percibidos y señalados.

Mediante la presión a la divisa norteamericana y la captación de dólares, el sistema financiero nacional y, sobre todo, la banca en poder del Estado, que se encontró en una situación crítica y que no disponía de recursos necesarios para atender a sus obligaciones, podía, gracias a la desvalorización del sucre, enfrentar con una menor cantidad de dólares las obligaciones que tenía con los depositantes. En la práctica la hiperinflación como horizonte económico y salida a la crisis fue una estrategia seguida por el sistema financiero, sobre todo por los bancos en manos del Estado. De hecho, la estrategia de congelar el dólar a 25.000 sucres como corolario de la crisis y del inicio del "proceso de dolarización", le permitió al Estado, hasta ese momento, disminuir a 1/3 las obligaciones con los depositantes. Los ataques a la divisa por parte del sector financiero tenían el claro objetivo de aprovisionarse de dólares, generar un proceso de deterioro del sucre y licuar las deudas del sistema financiero

3.2 Principales Bancos afectados.-

Después de la caída del Banco Filanbanco y de otros bancos pequeños, se produjo la caída del Banco del Progreso, considerado, hasta ese momento, el segundo banco del país por el tamaño de sus activos, y una de las instituciones más rentables (*Revista Gestión, N° 45, 1998*). Las causas de la debacle de esta institución fueron producto de la crisis general de la economía y la reducción del ingreso de capitales al Ecuador. Sin embargo, demostró también que, desde la expedición de la Ley de Instituciones Financieras en 1994, la mayoría de los bancos más importantes habían concentrado el crédito en un reducido número de empresas de los principales accionistas, que tenían créditos vinculados más allá del límite legal permitido, en proporciones que iban entre el 299% en relación del patrimonio técnico del Banco Litoral, Rumiñahui (un banco del grupo Pichincha en el que existen intereses del ejército) con el 161%, 72% en Banco de Guayaquil, 65% Banco del Progreso, 58% Produbanco, 49% Pacífico, 38% Austro, Pichincha, Popular y Previsora 35% (*Revista Gestión Análisis Semanal, N° 6, 1999*).

Es decir, que unas cuantas empresas que eran parte de los "grupos financieros" habían sido beneficiarias privilegiadas del crédito y este fenómeno influyó en la situación crítica del sistema, creando, además, distorsiones en el mercado de crédito.

Finalmente, en el caso del Filanbanco, y del Banco del Progreso, los créditos de liquidez que habían sido otorgados por el Banco Central para sostener su iliquidez, habían sido transferidos a sus empresas, dejando a estas instituciones insolventes. (Poco antes de que el Banco del Progreso pasara a manos de a AGD, cuando ya se evidenciaron los problemas de esta institución y se habían solicitado fondos al BCE, se

otorgó un crédito a EMELEC y, pocos días después de que el Filanbanco había entrado en crisis, sus principales accionistas, el grupo Isaías, inauguraron la nueva cervecería nacional, "Biela").

La crisis del Banco del Progreso, una entidad que tenía cerca de 800 mil depositantes generó, en todo caso, pánico entre los clientes y ahorristas. Se produjeron sucesivas corridas de depósitos que, luego de varios días, dejaron a este banco en situación de cierre. Para evitar un pánico generalizado que pudiera influir negativamente en todo el sistema, el gobierno intervino el banco, y decretó, desde el 1º de marzo de 2000, un "feriado bancario", que cerró las puertas de la banca ecuatoriana por una semana y decretó el congelamiento por un año de los depósitos e inversiones a plazo de todos los bancos del país.

3.3 El Salvataje Bancario

El salvataje de Filanbanco, en una situación de crisis fiscal y de recesión, tuvo varios efectos. Por un lado, se evidenció la fragilidad del sistema financiero, lo cual agudizó la desintermediación financiera y obligó al público a protegerse en dólares, lo que, a su vez, presionó sobre el tipo de cambio, generando la depreciación del sucre y una fuga de capitales. La misma banca y los empresarios del país empezaron, por otro lado, a "fondarse" de dólares, toda vez "que alrededor del 45% de las obligaciones en el Ecuador están denominadas en moneda extranjera y casi la mitad del crédito bancario se otorgó en esa moneda" (*BCE, noviembre 1999*). Como es natural, esto trajo como resultado que la salida neta de capitales del Ecuador, en 1998, fuese de 422 millones de dólares y de 891 millones, en 1999, cuando ya la crisis estaba desatada. Circunstancia esta última que está en la base de la caída de RMI de 2.200

millones en 1997, a 1.178 en marzo de 1999, y a 1.279 millones a diciembre de ese año.

Todas estas presiones señalaron, de todos modos, que el incremento de las tasas de interés, como estrategia usada sistemáticamente por el Banco Central, ya no era el mecanismo para contener la devaluación del sucre, ni tampoco la cada vez más acentuada reducción del saldo de depósitos, lo que agudizó la iliquidez del sistema financiero. Esto último unido al incremento de la cartera vencida, dejó al sistema financiero en una situación precaria. Debido a esta situación, desde finales de 1998, los bancos comenzaron a demandar nuevos recursos al Banco Central del Ecuador (BCE), lo cual no impidió, sin embargo, que cayeran uno a uno y que, poco después, se produjera una crisis sistémica.

En esta parte incorporo los siguientes comentarios, que los considero pertinentes para esta parte del estudio:

"A pesar de los frecuentes conflictos que tuvo la banca con los gobiernos, el crecimiento del sector financiero estuvo protegido en buena parte, por el estado a través de sus líneas de crédito subsidiadas, controles administrativos sobre la tasa de interés y a la asignación de crédito y subsidios directos; incluyendo el de la sucretización de la deuda, y la posterior ampliación de plazos y eliminación de todo riesgo cambiario. El sector financiero estableció barreras de orden institucional operativo y legal que han sido muy difíciles tratar de sortear."

Guillermo Arosemena, (1998) pg. 18.

"Tanto el ingreso como la salida de instituciones bancarias se caracterizaron por innumerables fricciones. La autorización de nuevas entidades ha estado severamente restringida, mientras que el proceso de liquidación es extremadamente largo y costoso. Ello hace que para las entidades existentes haya un valor de la opción de permanecer en el sistema, pese a que operativamente no se justificaría su presencia."

Revista EKOS, citado por Guillermo Arosemena (1998).

3.4 Creación de la Agencia de Garantía de Depósitos.-

El congelamiento de los depósitos y la intervención del gobierno en el liquidado Banco del Progreso, fue acompañado de la creación de la Agencia de Garantía de Depósitos, AGD, (Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 78 del 1 de diciembre de 1998, y sus posteriores reformas están en la ley Trole). Se trataba de una entidad estatal cuyo objetivo era intervenir y lograr el saneamiento del sistema financiero nacional y proporcionar a la banca los recursos que necesitaba para sortear sus dificultades. En la práctica, fue una institución que vino a sustituir al Banco Central y, en cierta medida, a la Superintendencia de Bancos: al primero, en tanto ordenador y regulador del sistema financiero; a la segunda, como organismo de supervisión y control.

La creación de la AGD no solucionó, sin embargo, la crítica situación del sistema financiero; más bien, la acentuó. Esto se debió a que la parálisis de la economía (a excepción de la minería y de la agricultura de exportación que tuvieron una recuperación), incrementó, por un lado, los créditos vencidos e incobrables, lo cual ocasionó una

liquidación de activos de los bancos que afectaron la calidad de las carteras y que fue acompañado por una afectación a sus balances. Por otra parte, obligó a que el conjunto de agentes económicos, tomaran la decisión de retener dinero líquido, lo que acentuó la desintermediación financiera, debido a la desconfianza en el sistema. Estas circunstancias determinaron, efectivamente, que ante la suspensión de las cadenas de pagos, en buena medida provenientes de las empresas vinculadas a los grupos financieros, algunos de los más grandes bancos que concentran la mayoría de los depósitos del público y cuya calidad de los activos se deterioraron rápidamente, los bancos entraran en crisis y empezaran a caer, razón por la cual tuvieron que ser intervenidos por la AGD.

De las 39 instituciones existentes a inicios de 1999, a mediados de ese año, la mitad de las entidades del sistema financiero nacional que en conjunto mantenían el 60% de los depósitos e inversiones del sector, pasaron a someterse a procesos de reestructuración, estatización o saneamiento, por lo que, en la actualidad, el 52% de los activos y el 62% de los pasivos y el patrimonio del sistema bancario privado está en manos del Estado. Además, entre los 12 bancos que fueron sometidos a un proceso de "saneamiento" de la AGD, se encontraban 5 de los 8 bancos más grandes del país.

3.5 Límite de Cobertura de la AGD.-

La acción de la AGD fue limitada desde el comienzo, entre otras cosas, debido al riesgo de solvencia del sistema financiero, pues, la mayoría de las instituciones se situaban en niveles de requerimientos mínimos establecidos del patrimonio técnico/ activos ponderados por riesgo, que es del 9% (artículo 47 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero), lo cual da una idea de su fragilidad. Su tarea, desde

el principio, se presentó además como vasta y, en la práctica, se superpuso a las funciones del Banco Central del Ecuador y de la Superintendencia de Compañías, debilitando y deslegitimando las funciones de uno y otra.

Pero, de hecho, su acción ha traído aparejada otras consecuencias. El reconocimiento sin límites de las garantías para preservar el patrimonio de los depositantes, ocasionó altas inequidades sociales. Como las garantías habían servido para que se preserven los depósitos en dólares y en sucres sin límites esto favoreció a los depositantes en dólares más que a los de sucres. De otra parte, como los depositantes en dólares generalmente eran los grandes inversionistas, aquellos que usaron preferentemente el crédito, y formaron parte de las mismas empresas vinculadas a los "grupos financieros", se entiende que éstos fueron ampliamente favorecidos con estas medidas, en desmedro del pequeño ahorrista, casi siempre depositante en sucres.

Por último, se debe reconocer que en una situación de devaluación de la moneda los que "primero" recibieron o canjearon sus depósitos por bonos, fueron los más favorecidos ya que, pudieron recibir una tasa de descuento más alta que los que les siguieron después. Es decir, a medida que se incrementaba la emisión monetaria, se devaluaba la moneda y se elevaba la tasa de cambio.

El marco legal de aquel entonces, trajo consigo reformas sustanciales a la garantía de depósitos. Así, en primer lugar tenemos el límite de la garantía de depósitos, expresada en la reforma introducida a la Ley Para la Transformación Económica del Ecuador, a través de la Ley

No. 60, publicada en Registro Oficial Suplemento 503 de 28 de Enero del 2002, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 21.- Únicamente se garantiza el saldo de los depósitos, con los correspondientes intereses calculados hasta el día de pago, hasta un valor equivalente a cuatro veces el PIB per cápita, por persona natural o jurídica. El Directorio de la AGD, en el mes de diciembre de cada año, hará público el valor garantizado ... No estarán cubiertos con la garantía los depósitos en entidades off-shore. Tampoco están cubiertos los que pertenezcan a quienes tengan créditos vinculados, o a las personas naturales o jurídicas que tengan créditos castigados o calificados con E, en las instituciones financieras a la fecha de cobro por parte del depositante, según conste del informe que deberá elaborar la Superintendencia de Bancos y presentar dentro del mismo plazo establecido en el artículo 159, inciso quinto de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; ni aquellos que hubieren sido pactados con una tasa de interés mayor a la de las operaciones pasivas de los bancos privados más un punto porcentual, publicada por el Banco Central del Ecuador...”

Como secuela o corolario de la crisis financiera que originó, entre otras cosas, la creación de la AGD, ésta tuvo su extinción a través de la Disposición Transitoria de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre de 2008, que señala: *“QUINTA: A partir de la vigencia de la presente Ley, las instituciones financieras se someterán al sistema de seguro de depósitos a cargo de la Corporación de Seguro de Depósitos. La Agencia de Garantía de Depósitos mantendrá su vigencia jurídica a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, por el*

plazo de un año pudiendo prorrogarse por un período adicional de seis meses, que le permita realizar sus activos, conciliar las cuentas con las personas naturales y jurídicas acreedoras y cubrir sus obligaciones. El Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos continuará ejerciendo todas las atribuciones que le confiere la ley, y con Fuero de Corte Nacional de Justicia. Una vez extinguida la Agencia de Garantía de Depósitos, sus activos, derechos, así como las competencias establecidas en los Arts. 27 y 29, inciso final de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, serán ejercidos por el Ministerio de Finanzas". Asimismo, esta Ley Reformatoria estableció el actual límite de la cobertura del seguro de depósitos, que se encuentra incorporado como noveno artículo innumerado, en el Título XV de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y que trataremos en la propuesta final del presente trabajo.

3.6 Comentario Respecto a la Creación de la AGD, ¿Fue Acertada o No?-

El sistema bancario ecuatoriano y, más concretamente, los intereses económicos – financieros vinculados a este sector, han demostrado que son capaces de transferir los costos de la crisis financieras al Estado y al resto del país, especialmente a las clases medias y a las masas empobrecidas. Debido a su influencia a nivel del Estado y al hecho de que la casi totalidad de autoridades económicas ubicadas en los Ministerios de Finanzas, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías ex - Junta Monetaria y Directorio del Banco Central del Ecuador, han provenido del sector financiero, las políticas del Estado han estado en función de sus intereses. Esto ha ocasionado que la posibilidad de solucionar la crisis no se haga mediante la liquidación de bancos y el pago de las obligaciones contraídas con el

patrimonio de los banqueros (tal como lo dispone a la ley) o interviniendo las empresas vinculadas a los grupos financieros, causantes en gran medida de la crisis, sino mediante la asunción de todas las responsabilidades y obligaciones por parte del Estado, siguiendo el ejemplo de la creación de la AGD, tanto es así, que cuando se topa con la ingrata sorpresa de que debía cumplir con un conjunto de obligaciones que no estaban respaldadas con activos reales, en la medida que no eran más que papeles desvalorizados, chatarras o inmuebles improductivos, y las instituciones meros cascarones. De ahí que las transferencias efectivas hayan sido más nominales que reales y, a lo mucho, hayan afectado casi exclusivamente a los "activos improductivos", como son los edificios y otros bienes inmuebles, incluidas las "sedes sociales".

CAPÍTULO IV

FIGURA LEGAL APLICABLE PARA LOS DELITOS FINANCIEROS

4.1. El Peculado Bancario

Lastimosamente la impunidad de los banqueros ha sido posible gracias no sólo a su enorme influencia política sino a la red de relaciones sociales que han establecido en todo el país y que les ha permitido encontrar "aliados" en todo el sistema político y jurídico. Los administradores de los bancos quebrados, autoridades y funcionarios encargados de vigilar los negocios bancarios que fueron cómplices, no han recibido la sanción penal correspondiente por su actuar doloso, y ello refleja la poca eficiencia, moralidad y eficacia en la administración del Estado. Como siempre el Estado termina perdiendo y como consecuencia la población ecuatoriana.

Pero punto y aparte, es necesario analizar desde el punto de vista jurídico, el marco legal aplicable para esta clase de delitos. Para ello, debemos referirnos básicamente al peculado, el cual se encuentra tipificado en el artículo 257 del Código Penal; conceptualizado como la figura penal que sanciona la violación de la correcta marcha de la administración pública en su aspecto patrimonial por parte de un funcionario público. Por su trascendencia social y política, se puede considerar que el peculado es el delito más característico del Título III, del Código Penal. El peculado es un delito de vieja data, pues ya estuvo previsto en el derecho romano, de donde toma su denominación. Está considerado en todas las legislaciones; concretamente en el Ecuador desde el primer Código Penal, con un texto que se mantuvo casi idéntico hasta la expedición del Código de 1938, pero a partir de entonces ha sido objeto de numerosas reformas. Entre ellas, deben anotarse por su importancia, las siguientes: las de 1941; la de 1977 al expedirse la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC (actualmente derogada por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, R.O. Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010); las de 1985, mediante la cual se agregaron artículos relacionados, que se mantienen innumerados; y las de 1999, referidas al llamado “peculado bancario”, luego de la gran crisis bancaria de ese año, cuando se incluyó como sujetos activos a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados de todas las instituciones del sistema financiero privado, así como a los miembros o vocales de los directorios o consejos de administración de tales instituciones. También la misma reforma agregó un nuevo artículo, el 257-A, que sanciona la concesión u obtención dolosa de créditos vinculados.

En todo caso, estas modalidades no pueden considerarse como delitos contra la administración pública, sino como delitos financieros. Y

no solo por la distinta calidad de los sujetos activos, sino fundamentalmente por la naturaleza del bien jurídico lesionado; el orden económico; pero además por las características especiales que tiene en este caso el abuso cometido. La actividad de las instituciones financieras privadas descansa en la confianza del público y ésta no es equivalente a la fe pública. Así mismo, en principio, la afectación recae sobre los bienes que pertenecen a la misma institución privada. Por ello, concluyo que en general los objetos jurídicos afectados en el caso de una institución financiera privada, son la confianza del público y el patrimonio privado. Sin embargo de lo expresado, cabe que se distingan las siguientes situaciones: Cuando el perjuicio causado a la institución financiera no atenta contra el correcto desempeño de la misma, los bienes jurídicos protegidos se contraen a la confianza depositada por la institución financiera en su funcionario y a los bienes patrimoniales de aquella, en este caso, la alarma social es mínima. Si por otro lado, producto del ilícito se afecta la actividad de la institución financiera, el bien jurídico protegido es la confianza del público y el patrimonio de los clientes, en este caso la alarma social es grave. En uno y otro caso, debido a la gravedad del perjuicio, la titularidad del bien jurídico penalmente protegido se desplaza. Esto no sucede en el caso de la administración pública ya que allí el bien jurídico más relevante es el deber de fidelidad del funcionario, y por lo tanto es indiferente el monto del perjuicio.

Por otro lado, es un hecho que las instituciones financieras privadas manejan fondos públicos, en este caso también hay que hacer una distinción: Si del perjuicio aparecen bienes públicos, la figura podría revestir un agravante de un delito financiero por la alarma social que causa la infracción o en su defecto, analizando el tipo, se trataría de una extensión de la tipificación del peculado y en ese caso se estaría ante un

peculado impropio, pero es necesario aclarar, que éste es un caso de excepción, pero ello, no implica una generalización de la extensión. En ambos casos los bienes jurídicos penalmente protegidos, serán aquellos que correspondan al tipo legal específico.

La extensión general del delito de peculado que contempla el Código Penal puede provenir del hecho que se confunde aquella manifestación de fe pública con la confianza depositada por la sociedad en las instituciones financieras privadas. Las dos no son sinónimas ni pueden asimilarse, ya que si ello se hace, se desvirtúa la funcionalidad y objetivos del Estado con las del ámbito privado. La jurisprudencia ecuatoriana ha asimilado como sinónimos la fe pública depositada en un funcionario público y la confianza colectiva depositada en las instituciones financieras y sus funcionarios, interpretándolos como similares para efectos del delito de peculado.

En definitiva, actualmente no sólo son sujetos activos de peculado los funcionarios y empleados bancarios, sino todos aquellos funcionarios que dirigen, administran o laboran en las instituciones del sistema financiero privado nacional, esto debe entenderse de conformidad con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Como constancia de lo anterior, el artículo 257A del Código Penal (incorporado por el artículo 20 de la Ley 99-26, R.O. 190, de 13 de mayo de 1999, señala: *“Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieran actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales, respecto de esta clase de operaciones. La misma*

pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero”. Esta disposición guarda armonía con lo preceptuado en el artículo 73 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que señala en su parte pertinente, lo que sigue: “Se prohíbe efectuar operaciones con personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la administración o la propiedad de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora...”.

4.2 La Prescripción.-

Dice el artículo 233 de la Constitución de la República: *“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.*

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.

Bajo esta premisa de la carta magna se puede establecer que en el tipo legal se establece una prescripción de la acción penal, la misma que se constituye en la excepción a la determinada en el inciso cuarto del artículo 101 del Código Penal, que indica: *“A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas en el último inciso del número 2 del artículo 23 (80) y en el segundo inciso del artículo 121 (233) de la Constitución Política de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para perseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada...”*.

Como se inferirá, la actual Constitución establece que la acción y las penas por el delito de peculado son imprescriptibles, pero la contrae solo a los funcionarios públicos descritos en la misma norma. Debe entenderse entonces, que prevalece la norma constitucional y estaríamos ante el primer caso de imprescriptibilidad en la legislación ecuatoriana.

En cuanto a los funcionarios de las instituciones financieras privadas, la prescripción aplicable es la contenida en el artículo 257 del Código Penal, pero aquí también cabe una observación. Estaríamos asimilando toda la actividad bancaria bajo la prevención de peculado (un custodia de bóveda), con la de un administrador o gerente cuyo acto ilícito trae como consecuencia la quiebra de la misma. Por la gravedad que genera el uno y el otro, es inevitable concluir que es injusto equiparar la

situación del custodio con la de administrador o gerente. El actual tipo no hace distinción alguna.

4.3 Del Juzgamiento en Ausencia.-

La norma constitucional establece en el mencionado artículo 233 que los juicios por peculado se substanciarán aún en ausencia de los acusados. Esta norma se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos descritos en la misma, aunque incluye a quienes hayan participado en el ilícito y no tengan dicha calidad.

Esta norma rompería el principio de la prohibición de juzgamiento en ausencia, sostenido por nuestra legislación penal. Esta excepción no cabe duda que debe ser más debatida ya que parecería que es contradictoria con el derecho a la defensa contenido en la misma carta fundamental. Esta disposición, por lo demás, no sería aplicable para el caso de juzgamiento de funcionarios de las instituciones financieras privadas, salvo el caso de que sean partícipes en el delito cometido por un funcionario público.

Bajo estas consideraciones se puede concluir que el delito de peculado por extensión general a los funcionarios de las instituciones financieras privadas, adolece de muchas deficiencias, debido a ello se ha generado una suerte de interpretaciones ilógicas y anti técnicas.

4.4 Jurisprudencias Aplicables a este Tipo de Delitos

Para abundar en el tema, traigo a colación las siguientes jurisprudencias originadas en la administración de justicia:

7-X-1981 (GJ,S. XIII, No. 3, pp. 3106-07)

“El Tribunal Supremo de Justicia, reiteradamente, ha emitido su criterio, a través de múltiples fallos pronunciados, en el sentido de que, comprobada la infracción de uso arbitrario de fondos públicos-delito en el que sólo pueden intervenir funcionarios del Estado-, aquellas personas que no ostentan la calidad, participando en el ilícito, responde por él. La sala participa de este criterio consciente de que, en el caso en estudio por ejemplo, la no intervención de V.H. (simple cuenta corrientista del Banco Nacional de Fomento Sucursal en Quito) hubiera vuelto imposible la comisión de la infracción; esto es, que la participación del expresado V., planteando el asunto a la inversa, ha sido fundamentalmente conformadora del acto tipificado en el artículo 257 del Código Penal, teniendo que, al calificar su actividad penal como estafa, se estaría dividiendo la consecución del delito, aparte de que, al aceptarse la tesis del señor Ministro Fiscal General de Justicia a este respecto, para el significado V.H. y los demás calificados en el fallo de la segunda instancia como cómplices en el delito de estafa, sancionado con prisión correccional, la acción estaría prescrita por culpa atribuible al expresado funcionario del Ministerio Público, como se desprende de la fecha de entrega del expediente para su pronunciamiento y la que consta como cumplimiento de esta formalidad procesal. Por consiguiente, sentado este precedente, se concluye que los sindicados deben responder por el delito de uso arbitrario de fondos públicos-artículo 257 del Código Penal, sin excepción y de acuerdo al grado de participación de cada uno de ellos que, más adelante se determinará.”

11-I-1984 (GJ,S. XIV, No. 5, pp. 1090-93)

“La sutil disquisición que el defensor de uno de los procesados hace con respecto a lo que su defendido no fue empleado del Banco, y que por

consiguiente no es sujeto activo del delito que se le imputa, afirmando sus tesis en el Código del Trabajo, alegando que el concepto trabajador incluye las variedades del empleado y obrero (art. 9); y que por otro lado, concordantemente, el art. 35 (36) del mismo cuerpo de disposiciones, atribuye a los Gerentes la calidad de representantes de empleadores, incluyendo de que ello no fue empleado a la época que ejerció la Gerencia del Banco P., fundando sus argumentos en fallos de la Corte Suprema, no es admisible. El Código del Trabajo es un ordenamiento legal que tiene por objeto proteger a los trabajadores en las relaciones de las actividades que dimanar del capital, parte que cuenta con la fuerza del poder económico, frente a la parte débil, que solo aporta su energía vital, su propia existencia, para recibir las contraprestaciones que le debe el empresario y que el estado ha regulado, concediendo derechos tutelares y procedimientos adecuados, en defensa de los sectores sociales que carecen de otros medios de defensa que no sean las leyes. Este código no puede ser aplicado en caso preciso del artículo 257 del Código Penal, sino en los casos que expresamente el mismo se remite a determinados casos jurídicos, por lo siguiente: 1) Porque si dicho precepto legal es para juzgar en primer lugar a los empleados públicos que hubieren abusado de dinero y más bienes públicos o privados que hayan estado a su cargo, incluyendo a los que, como tales maneje fondos de los bancos comerciales y otras instituciones previstas en la propia la propia disposición; 2) Porque para el derecho administrativo el término empleado es el género próximo y la diferencia específica es funcionario o empleado, propiamente dicho. De este modo deben entenderse algunas disposiciones de la Constitución de la República, de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que sustituyó a la Ley de Hacienda, la que de modo expreso definía lo que es un empleado y un funcionario, así como la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, comprendida todos

en la calidad de servidor público; ... 6) Creemos necesario anotar el porqué se ha consignado como empleado o funcionario público y de las instituciones bancarias, en el mencionado artículo 257, en lugar de ser considerado como empleado privado, sujeto al Código del Trabajo, que regula las relaciones de los trabajadores en general. Simplemente porque los bancos reciben dinero del público. Su finalidad consiste en obtener capitales ociosos o con un margen pequeño de rendimiento para hacerlos trabajar en invertirlos lucrativamente o con mayor beneficio al que antes percibía ... El objeto sobre el cual ha recaído el acto delictivo es el abuso de dineros públicos o privados, punto contenido en el artículo 257 del Código Penal; que analizaremos. El peculado es la sustracción o apropiación indebida de fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. Si bien los empleados inferiores de una institución bancaria, como son los cajeros, recibidores y pagadores de ventanillas, y los que tienen a su cargo el manejo de bóvedas, en las que se guardan los caudales que han ingresado como bienes patrimoniales del banco, pero que no lo son porque pertenecen al público; la cuenta correntista, al cuenta ahorrante y todas las personas que, confiando en la seguridad que de sus dineros le ofrece el instituto de crédito a los que se les ha entregado tales cantidades para su custodia y, también, como inversión para recibir sus réditos. Pero más responsabilidad tienen los administradores bancarios, que sin manejar materialmente el dinero, disponen arbitrariamente de ellos, sin limitarse a restricciones que la ley ha establecido, precisamente para la seguridad de los dineros que se han puesto bajo su cuidado.”

Por otro lado, hay que resaltar la directa o previa intervención obligatoria de la Contraloría General del Estado respecto al cometimiento de este tipo de ilícitos, para ello, me permito transcribir el contenido de la

Resolución de la Corte Nacional de Justicia (R.O. 154, 19-III-2010), que señala: *“Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal por los hechos a los que se refiere el art. 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo “Del Enriquecimiento Ilícito” incorporado por el artículo 2 de la ley No. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 260 del 29 de agosto de 1985, se requiere el informe precio de la Contraloría General del Estado y que se determine indicios de responsabilidad penal.*

Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito deben solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoria gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, dará lugar al inicio de la instrucción fiscal.

Art. 3.- Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación.”

4.5 Resumen de Juicios Derivados de la Crisis Bancaria.-

Con el oficio No. SBS-INJ-SAL-2009-1337 de 15 de diciembre de 2009, de la Superintendencia de Bancos y Seguros, se designó al Banco Central del Ecuador como la institución encargada de receptor los activos de las entidades en liquidación, para que ésta institución bancaria se

encargue de cobrar la cartera morosa. Para ello, procedo a detallar el número de juicios, y sus respectivas materias:

4.5.1 Juicios coactivos:

1730 Quito

3.562 Guayaquil

(Corte al mes de octubre de 2010)

4.5.2 Juicios Ordinarios:

1900 Quito Guayaquil y Cuenca (Excepciones, insolvencia, quiebra, daño moral, daños y perjuicios, habeas data, ejecutivos, pago indebido, prescripción adquisitiva de dominio y tercerías).

4.6 Análisis y Comentarios.-

Se ha denotado ciertas falencias que el legislador se ha visto en la necesidad de remendar la norma penal de acuerdo a las necesidades y exigencias de las circunstancias, a pesar que a veces sea justificado y loable por los objetivos buscados. La manera atropellada y carente de una adecuada técnica jurídica, provoca un caos jurídico que afecta la normal administración de justicia penal. El Estado debe orientar una política criminal coherente que sea la base para construir un sistema penal racional.

Asimismo, es necesario rehacer la nominación de delitos cometidos por funcionarios públicos que afecten a la administración pública, sistematizando y digitalizando las distintas figuras penales, para ello, se debe estudiar a profundidad la problemática de las instituciones financieras privadas, estableciendo con claridad los tipos legales que

sancionen los ilícitos cometidos por funcionarios de estas instituciones, atendiendo la gravedad del ilícito para regular la culpabilidad de conformidad con el grado de responsabilidad. Por ello, debería introducirse en el Código Penal un título específico sobre delitos financieros, separando aquellos que se encuentran confundidos en tipos legales que no corresponden y unificando e incorporando los que se encuentran dispersos en otras leyes no penales.

Por otro lado, y debido a la complejidad de los delitos financieros sería necesario que el juzgamiento de los mismos no esté a cargo de un juez penal ordinario sino de uno que tenga conocimientos específicos sobre dicha materia. De igual manera, de conformidad con el nuevo Código de Procedimiento Penal sería necesario que los fiscales que intervengan en este tipo de procesos también reúnan los requisitos de experticia sobre la materia.

Dice Andrés F. Córdova: *“Inspira la reforma, como lo dice el Considerando, el deseo de reprimir más severamente los delitos allí detallados, pero es la verdad que se ha procedido desorbitadamente, prescindiendo de todo sistema, sin otra consideración que el punto de vista fiscal y el de instituciones bancarias, etc. Pero sin ningún concepto de técnica jurídica. Y, como ya hemos vivido la reforma algunos años, o sea una docena desde su expedición, hemos tenido tiempo suficiente de experimentar los resultados: un aumento escandaloso desfalcos y abusos de dineros públicos, y casos esporádicos de juzgamientos, precisamente contra la gente más infeliz, que, cuando no es este el caso, la misma forma desorbitada de represión, hace que se busquen los medios de burlar, el enjuiciamiento, y hemos ido a parar en el otro extremo del que se propuso el exagerado legislador, que hasta parece que no se fijó en el*

sistema propio del Código que reformaba, en cuanto a cuestiones generales que tenía consignadas en sus disposiciones.” – Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, tomo II, Talleres Gráficos Minerva, Quito-Ecuador, 1953, pág. 460.

Francesco Carrara manifiesta: “ ... *la fe pública toma otra forma particular cuando la nación y sus legítimos representantes tienen confianza en la probidad del individuo y se la manifiestan confiándole el dinero público. Si él se apropia delictuosamente de ese dinero, en todo o en parte, quebranta la fe pública, es decir, la fe que tuvo en él toda la sociedad al poner en sus manos un capital procedente del patrimonio de todos los ciudadanos y que debía servir para beneficio de todos ellos, y así traiciona la confianza de todos. No puede dudarse, por lo tanto, que el peculado propiamente dicho es un título de delito que pertenece también a la presente clase.*” – Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen VII, Editorial Tenis , Bogotá-Colombia, 1989, pág. 7.

CAPÍTULO V

SEGURIDAD FINANCIERA ACTUAL

Con la experiencia vivida en la década de los 90’s y comienzos de siglo, la normativa que regula al sistema financiero ha tenido que reforzar la seguridad que los bancos deben brindar a sus depositantes, con la finalidad de recuperar su confianza, credibilidad y solvencia. Para ello, existen una serie de resguardos financieros destinados a este fin, lo cual iremos detallando una a una.

5.1 Reserva Legal

Las instituciones del sistema financiero deben constituir un fondo de reserva legal que ascenderá al menos al cincuenta por ciento de su capital suscrito y pagado. Para formar esta reserva legal, la junta general de accionistas destinará, por lo menos, el diez por ciento de las utilidades de cada ejercicio anual, hasta llegar al monto máximo obligatorio.

La reserva legal comprende el monto de las cantidades separadas de las utilidades, y el total de las sumas pagadas por los accionistas en exceso sobre el valor nominal de las acciones suscritas por ellos, cuando el estatuto determine el valor nominal de las acciones (Art. 40 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero).

5.2 Otras Reservas

Las instituciones del sistema financiero, de acuerdo con sus estatutos o por decisión de la junta general de accionistas, podrán constituir otras reservas que tendrán el carácter de especiales o facultativas, formadas por la transferencia de las utilidades al patrimonio (Art. 40, inciso segundo Ley General de Instituciones del Sistema Financiero)

5.3 Encaje Bancario

El encaje bancario es el dinero que los bancos deben inmovilizar cuando hacen una captación del público; esto como una medida para garantizar que los bancos siempre tengan dinero disponible en caso que sus clientes lo requieran. Se puede decir que un banco capta dinero para luego prestarlo o para especular en el mercado de inversiones, pero el banco no puede prestar ni invertir todo el dinero que captó, sino que debe guardar una parte, parte que se llama encaje bancario.

Por ejemplo, si una persona abre una cuenta de ahorros con \$1.000.00 el banco no puede prestar o invertir toda esa cantidad de dólares, sino que debe guardar una parte, supongamos \$150.00 e invertir el resto.

Los distintos productos financieros tienen distintos encajes. Entre más efectivo sea un producto, más alto debe ser el encaje, puesto que el banco debe en cualquier momento entregar el dinero al ahorrador. Es el caso de la cuenta corriente, pues por su naturaleza, el cuenta-habiente necesita disponer de la totalidad de su dinero en cualquier momento y el banco debe tener el dinero suficiente para proveérselo. Es por ello que por lo general los bancos no pagan intereses por las cuentas corrientes, ya que se supone que el banco no puede trabajar ese dinero pues está obligado a tenerlo disponible en todo momento.

Pensemos que todos los ahorradores un día fueran al banco a retirar su dinero. Sencillamente el banco no podría entregarlo, puesto que gran parte de ese dinero lo tienen invertido en créditos a largo plazo o en inversiones. El banco sólo dispone del dinero correspondiente al encaje bancario, que es el que la ley le obliga a inmovilizar, es decir, a tener en efectivo o en otro concepto de alta liquidez que le permita atender las exigencias de dinero de sus ahorradores, que por supuesto no alcanza a cubrirlos a todos en caso en que haya un pánico financiero y todos quieran retirar su dinero.

En nuestra legislación, el encaje bancario está previsto en las disposiciones de los artículos 14 al 19 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que en su orden, señalan:

“Art. 14.- Las instituciones financieras que operen en el país bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, incluido el Banco del Estado, a excepción de las cooperativas de ahorro y crédito, están obligadas a mantener, a juicio del Directorio del Banco Central del Ecuador, una reserva sobre los depósitos y captaciones que tuvieren a su cargo. Esta reserva se denomina encaje y se mantendrá en depósito en el Banco Central del Ecuador y marginalmente en la caja de las propias instituciones financieras.

En las localidades donde no tenga oficinas el Banco Central del Ecuador, el encaje será depositado en las instituciones financieras que determine su Directorio, las cuales actuarán como corresponsales del Banco Central.

El Directorio del Banco Central del Ecuador regulará los porcentajes de encaje para cada clase de obligaciones.

Art. 15.- El Directorio del Banco Central del Ecuador podrá disponer, cuando las circunstancias lo exijan, que las instituciones financieras mantengan como encaje marginal una cantidad o un porcentaje de los depósitos que exceda del monto, cupo o límite que el propio Directorio hubiere establecido.

Art. 16.- El Directorio del Banco Central del Ecuador podrá reconocer una tasa de interés sobre el encaje semanal sólo cuando éste supere el 10%. Esta remuneración, que será determinada de modo general, no podrá ser superior a la tasa de rendimiento de los instrumentos de inversión de las reservas de libre disponibilidad, ni podrán originar pérdidas operativo financieras para el Banco Central del Ecuador. No obstante lo dispuesto

en este inciso, la parte del encaje constituida por la caja de las instituciones en ningún caso será considerada en el cálculo del encaje para efectos de su remuneración y los excedentes que por sobre el encaje mantengan voluntariamente las instituciones financieras no serán remunerados. El Directorio del Banco Central del Ecuador, podrá establecer encajes diferenciados para las instituciones financieras del sector público.

Los encajes que el Directorio del Banco Central del Ecuador fije serán generales para los distintos tipos de depósitos y captaciones a que se refiere el artículo 14 de esta Ley. No obstante, se podrán establecer encajes diferenciales y progresivos a segmentos del monto total de cada obligación o en el caso de instituciones que, a la fecha de su creación, no pudieren regirse por las normas de carácter general. Asimismo, el Directorio del Banco Central del Ecuador podrá fijar tasas de encaje diferenciales y progresivas a los depósitos que efectúen las instituciones del sector público en instituciones financieras.

Art. 17.- La posición de encaje de cada institución financiera se establecerá semanalmente, con base en el monto de los encajes, depósitos y demás obligaciones al fin de cada día, de la semana anterior, pero tales instituciones podrán compensar cualquier deficiencia en los encajes, en uno o más días de la semana, con los excesos de encaje de los demás días de la misma semana, de acuerdo con la regulación que al efecto expida el Directorio del Banco Central del Ecuador.

Si la posición de encaje demostrare deficiencia, la institución deberá reponerla en la semana siguiente. Caso contrario, el Superintendente de Bancos y Seguros sancionará a dicha institución con una multa de hasta una y media veces la tasa promedio de interés que cobren los bancos.

Sin embargo, en casos de abuso la Superintendencia podrá negar la facultad de compensar las deficiencias y excesos de encaje y considerar como desencaje la suma de las deficiencias diarias.

La oficina principal y las sucursales o agencias que tenga una institución financiera en el territorio nacional serán consideradas en conjunto para el cómputo de sus respectivos encajes.

Art. 18.- Las instituciones financieras obligadas presentarán a la Superintendencia de Bancos y Seguros, con copia al Banco Central, un informe semanal con datos diarios sobre el monto total de las obligaciones por las que deban mantener encaje.

Art. 19.- El Directorio del Banco Central del Ecuador podrá facultar a los bancos a aceptar y administrar depósitos monetarios en monedas extranjeras

En estos casos el Directorio deberá:

- a) Regular el encaje para las diferentes categorías de depósitos o captaciones;*
- y,*
- b) Determinar la moneda o las monedas convertibles en que el encaje deberá ser mantenido en el Banco Central del Ecuador.*

El encaje que los bancos mantengan contra sus pasivos en moneda extranjera, de acuerdo con las regulaciones dictadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, quedará exento de las restricciones establecidas en esta Ley para la tenencia de activos en moneda extranjera. En lo no regulado en este artículo, regirán las normas de la presente Sección”.

5. 4 El Fondo de Liquidez

Al haber Ecuador dolarizado su economía, el Banco Central perdió la capacidad de emitir moneda, y actuar como prestamista de última instancia. En la crisis bancaria de 1998-1999, el Banco Central otorgó préstamos de solvencia y de liquidez a bancos en problemas financieros, los cuales, a pesar de la ayuda que les brindó el Estado, finalmente quebraron. La emisión monetaria por estos dos conceptos rebasó la prudencia en momentos de graves desequilibrios, lo que finalmente ocasionó el rebrote inflacionario, la depreciación acelerada del tipo de cambio, y la desaparición del sucre como moneda nacional. En la actualidad, el Banco Central no puede emitir moneda; su función como prestamista de última instancia en caso de crisis bancarias, simplemente no existe; sin embargo, la cobertura de depósitos está a cargo de la Corporación del Seguro de Depósitos (COSEDE), acorde a las reformas introducidas a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, por la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera. La institución encargada de garantizar los depósitos del público perdió tal calidad, por lo cual no existe el marco institucional que garantice la seguridad de los depositantes, esto como consecuencia de la expedición de la Ley Para la Transformación Económica del Ecuador (TROLE 1), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo de 2000, y ratificada por la nueva Constitución de la República, que limita las atribuciones del Banco Central del Ecuador, a lo siguiente: *“Art. 303.- La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central. La ley regulará la circulación de la moneda con poder liberatorio en el territorio ecuatoriano.*

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

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

Ante esta situación, la banca ecuatoriana, de manera responsable, decidió internalizar el riesgo de liquidez, para lo cual mantiene en el exterior depósitos líquidos como un colchón de seguridad en defensa de sus depositantes. Pocos años atrás, un banco fue víctima de falsos rumores sobre su solvencia, lo que motivó que algunos de sus depositantes retiraran sus depósitos, lo que fue atendido por la administración del banco gracias a su posición de liquidez. La confianza retornó luego que la institución dio muestras de su solvencia, y los depósitos que habían sido retirados volvieron al banco. Los proyectos de ley, o declaraciones políticas de que la banca debe de regresar los dineros depositados en el exterior, y prestarlos en el país, son por demás irresponsables. Lo que hay que promover es una profunda reforma a la ley del sistema financiero, para promover la internacionalización de la banca ecuatoriana, aprovechando la ventaja comparativa de ser el único país de América del Sur que tiene al dólar como moneda de curso legal. Creada la nueva institucionalidad, entrarían al país los bancos internacionales más importantes, instituciones que además participan activamente en los principales mercados monetarios.

El mecanismo de ajuste de liquidez vendría por el lado de la oferta y demanda de recursos locales e internacionales, por lo cual, un fondo de liquidez para proteger al sistema bancario de una crisis de confianza no sería necesario. Hasta que se pueda realizar esta reforma, la banca

ecuatoriana deberá continuar manteniendo altos niveles de liquidez para proteger a sus depositantes.

Bajo este escenario, paso a transcribir las disposiciones legales que regulan el nacimiento y funcionamiento del fondo de liquidez en nuestro país, contenido en los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 40 por la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial No. 498-3S, del 31 de diciembre de 1998, de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y sus reformas contenidas en la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el Registro Oficial No. 498 del 31 de diciembre de 2008.

“Art. ...- Créase el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano que actuará en calidad de prestamista de última instancia y otorgará préstamos de liquidez a las instituciones financieras privadas que se hallan sujetas a la obligación de mantener encaje de sus depósitos en el Banco Central del Ecuador, que mantengan su patrimonio técnico dentro de los niveles mínimos exigidos por la Ley y demás normas aplicables y que hayan administrado su liquidez de conformidad con las normas de carácter general dictadas por la Junta Bancaria.

Todas las instituciones financieras privadas controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros que mantienen depósitos sujetos a encaje, tienen la obligación de participar como adherentes en el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano.

Art. ...- El Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano contará con la siguiente estructura organizacional:

a. El Directorio, integrado por el Superintendente de Bancos y Seguros; el Gerente General del Banco Central del Ecuador; y un representante de la Junta Bancaria, designado de entre sus miembros; un delegado del Presidente de la República, dos representantes de las instituciones financieras privadas quienes tendrán sus respectivos suplentes;

b. El Presidente del Directorio será elegido de entre sus miembros, por un período de dos años y ejercerá la representación legal del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano; y,

c. La Secretaría Técnica, que la ejercerá el Banco Central del Ecuador.

Los miembros del Directorio y quien ejerza la Secretaría Técnica gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia, en los actos y decisiones administrativas tomadas en el ejercicio de sus funciones específicas.

Art. ...- Corresponderá al Directorio reglamentar el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano, así como expedir los manuales operativos y dictar las políticas de carácter general que regirán sus actividades.

El quórum requerido para la instalación del Directorio será de la mitad más uno de sus integrantes y las decisiones deberán ser tomadas por la mitad más uno de los miembros asistentes a la reunión. El Presidente del Directorio tendrá voto dirimente en caso de empate. La convocatoria a reunión del Directorio la realizará su Presidente por iniciativa propia o a pedido de al menos tres de sus integrantes.

Art. ...- Corresponderá a la Secretaría Técnica del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano, la asistencia operativa y administrativa y

la instrumentación del crédito automático para las instituciones financieras privadas que deban solucionar deficiencias en las cámaras de compensación del Sistema Nacional de Pagos administrado por el Banco Central del Ecuador, de lo cual comunicará inmediatamente al Directorio del Fondo.

Art. ...- El Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano operará a través de la constitución de un fideicomiso mercantil de inversión que será controlado exclusivamente por la Superintendencia de Bancos y Seguros, y será administrado por el Banco Central del Ecuador cuyo patrimonio autónomo estará conformado por los siguientes recursos:

a. Los valores aportados al fideicomiso mercantil de inversión "Fondo de Liquidez", constituido en el marco de la normativa expedida por la Junta Bancaria, a prorrata de la participación que registre cada una de las instituciones financieras sujetas a encaje;

b. Los aportes en saldo que deberán realizar las instituciones financieras privadas, por un equivalente no menor al 3% de sus depósitos sujetos a encaje, conforme resoluciones dictadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador;

c. Los aportes que deberán transferir anualmente las instituciones financieras privadas, por el equivalente al 2.5 por mil de sus depósitos sujetos a encaje;

d. Los valores provenientes de los rendimientos e intereses que generen las operaciones propias del objeto del Fondo, así como de las inversiones de sus recursos; y,

e. Los aportes realizados por personas jurídicas en calidad de constituyentes adherentes.

Art. ...- El Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano podrá realizar operaciones activas y pasivas, a través del fidecomiso mercantil previsto en el artículo precedente.

Las operaciones activas que el Fondo de Liquidez podrá conceder a las instituciones financieras privadas sujetas a encaje serán las siguientes:

a. *Créditos cuyo plazo será de un (1) día hábil renovable, que serán otorgados dentro de una línea de crédito, para cubrir deficiencias en las cámaras de compensación del Sistema Nacional de Pagos administrado por el Banco Central del Ecuador; y,*

b. *Créditos para solucionar necesidades extraordinarias de liquidez de las instituciones financieras privadas, que no podrán exceder de un plazo máximo de ciento veinte (120) días, a partir de su concesión.*

Las operaciones pasivas podrán consistir en préstamos, titularizaciones y líneas contingentes con entidades financieras internacionales.

Art. ...- En los créditos de liquidez que se otorguen, se observarán las siguientes condiciones:

Los créditos para solucionar deficiencias en las cámaras de compensación del Sistema Nacional de Pagos administrado por el Banco Central del Ecuador podrán concederse hasta por el monto equivalente al aporte que cada una de las instituciones financieras hubiere efectuado al fideicomiso mercantil de inversión "Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano", y que garantizará la operación respectiva. El

acceso a estos créditos será automático y su tasa será establecida por el Directorio del Fondo, sin perjuicio de la obligación del Directorio de informar a la Superintendencia de Bancos y Seguros, los casos de iliquidez persistente, a fin de que el Organismo de Control pueda activar las señales de alerta temprana en forma oportuna.

Los créditos para solucionar necesidades extraordinarias de liquidez, serán concedidos a las instituciones financieras aportantes, siempre que éstas mantengan los niveles mínimos de solvencia exigidos por la Ley y la normativa expedida por la Junta Bancaria. La tasa de estos créditos será establecida por el Directorio.

El Directorio deberá expedir el reglamento de elegibilidad, en el que se establecerán las condiciones que deben cumplir las instituciones financieras para acceder a este tipo de créditos.

Art. ...- Los recursos aportados al fideicomiso mercantil de inversión "Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano", deberán invertirse observando los principios de seguridad, liquidez, diversificación y rentabilidad. Los activos y las entidades emisoras en las que se inviertan los recursos aportados al referido fideicomiso mercantil de inversión, deberán contar con una calificación internacional equivalente a AA, o superior, y enmarcarse en las políticas de inversión aprobadas por el Directorio. Las inversiones podrán orientarse preferentemente a la región latinoamericana.

Art. ...- La operación del fideicomiso mercantil de inversión "Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano" estará exenta del pago de todo tipo de impuestos.

Art. ...- La exposición total de los recursos aportados al fideicomiso mercantil de inversión "Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano", por concepto de todas las operaciones activas concedidas a una institución financiera que se mantengan vigentes, no podrá exceder del 30% de los activos del fideicomiso, ni del equivalente al 100% del patrimonio técnico de esa institución financiera.

Art. ...- Para acceder a las operaciones de crédito por requerimientos extraordinarios de liquidez, cada una de las instituciones financieras privadas deberá constituir, en forma previa, un fideicomiso mercantil de garantía, con por un portafolio de inversiones y de cartera, conforme la norma general expedida por la Junta Bancaria, por un monto no inferior al 140% del monto total al que puede acceder la institución financiera de conformidad con las políticas aprobadas por el Directorio. El fideicomiso mercantil de garantía tendrá como beneficiario acreedor al fideicomiso "Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano"

En suma, la ley financiera contempla varias seguridades para que los depositantes veamos protegidos actualmente nuestros recursos, a saber:

- Reserva legal
- Reserva facultativa
- Encaje bancario, como parte del índice de liquidez domestica⁴
- Fondo de Liquidez

4 Indicador que fija el nivel de liquidez del sistema de bancos privados. Fuente: Superintendencia de Bancos y Seguros / Elaboración: PCR- PACIFIC CREDIT RATING

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Durante la década de los años sesenta, los problemas que mantenía la banca privada fueron solucionados a través del Estado, quien asumió un enorme perjuicio. Esto se originó debido a los actos dolosos de banqueros y administradores, los mismos que en su mayoría se encuentran impunes.

Con estas circunstancias se promulgó la Ley General de Bancos, la cual tuvo grandes logros, y rigió nuestra vida financiera desde 1974 hasta 1994, año en que fue derogada. Durante los años noventa, se consideró que la ley no precautelaba los intereses de determinados sectores, y se requería para actualizarla con la tendencia de la globalización y la economía internacional. Hubiesen sido efectivas si al reformar se moderniza la estructura del sistema gubernamental del estado y su facultad controladora, a través de la Superintendencia de Bancos y Seguros y una cobertura racional de depósitos.

En adición a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en esta ley se creó la Junta Bancaria cuya estructura era conformada casi íntegramente por delegados y funcionarios del gobierno, y tenía como principal directivo y agente tomador de decisiones al Superintendente de Bancos. En la práctica, no era difícil para algunos banqueros influir en las regulaciones que emitía tal Junta. El hecho de que los banqueros queden nominalmente fuera de su conformación alentó la intromisión discrecional de los mismos. Otro problema con esta Junta es que muchas veces quienes la integraban no contaron con la preparación técnica para desarrollar esta función, esto facilitó que la misma haya obedecido más bien a la estructura política y los de grupos de presión.

La LGISF de 1994 nominalmente permitió la participación de bancos extranjeros en el mercado doméstico. No obstante, en la práctica tal acceso en igualdad de condiciones no aconteció porque la Superintendencia mantenía (y actualmente lo hace) su discrecionalidad a la hora de aprobar después de un engorroso proceso de tramitología, la entrada de nuevos bancos al mercado. A veces esta discrecionalidad no sólo se aplica a bancos extranjeros sino también a los locales cuando éstos últimos no pertenecen al grupo que manipula al organismo estatal.

Otro de los factores fue el abuso de los denominados créditos vinculados y especialmente a compañías fantasmas que resultaron ser propiedad de los mismos banqueros o de sus familiares, perjudicando con ello a miles de depositantes que confiaron en la banca. Se dice que la razón del cometimiento de los actos no deriva de la ley, sino de quienes la deben cumplir, es decir que es la calidad moral, la falta de principios de quienes administraban los bancos, o de los que administran el poder y el control, lo que permitió la crisis. Sin embargo, la ley dio paso a que muchos busquen las vías de transgredirla.

El perjuicio causado a miles de ecuatorianos y extranjeros que habían confiado en la banca nacional hoy cerrada, y también los banqueros honestos, perjudicados por las quiebras fraudulentas y provocadas por malas administraciones y falta de controles adecuados, llegó hasta el congelamiento de depósitos, la pérdida de las inversiones, degenerando en la inflación, la devaluación monetaria, la desaparición de la moneda ecuatoriana "El Sucre", dando origen al dólar de los Estados Unidos de América.

Es importante rescatar principios éticos y morales imprescindibles para un banquero, por cuanto administra dinero de terceros, así como establecer normas jurídicas estructurales que permitan un acertado funcionamiento y gestión de los principales órganos de control y de cada uno de los funcionarios, quienes deben ser capacitados y examinados en forma constante para evitar la corrupción en el sistema bancario.

Como propuesta final de este trabajo, estimo necesario y conveniente fortalecer la cobertura que brinda el sistema financiero a sus depositantes. Así vemos que con las reformas introducidas a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, a través de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera (R.O. No. 498 del 31 de diciembre de 2008), se garantizara a los depositantes un valor equivalente a USD. 20.000,00. Esto a mi criterio, resulta insuficiente, considerando lo reducido de esta base versus la suma total de depósitos que una persona natural o jurídica mantenga en el sistema financiero afectado.

El estado debe garantizar el correcto funcionamiento y manejo del sistema financiero nacional, siempre buscando la protección de nosotros, los depositantes. Para ello, propongo introducir una reforma legal, incrementando a USD. 80.000,00 la cobertura de depósitos, lo que sería recibido como mensaje positivo por parte de toda la ciudadanía, al reflejar la preocupación del estado por proteger nuestros intereses.

Mensaje de Reflexión:

“Acusamos a los bancos de la República la culpabilidad del desastre nacional, por pecados de acción y de omisión. De acción, porque han

explotado la crisis en toda forma, como el vampiro chupa la sangre de la bestia inerme. De omisión, porque con sus tácticas de resistencia pasiva y su labor subterránea, han mantenido en auge el sistema que les aprovechaba inmensamente pero que, por otra parte, ha significado la muerte lenta del pueblo ecuatoriano". (Luis Napoleón Dillón, La crisis Económico Financiera del Ecuador, 1927).

BIBLIOGRAFIA:

- Salgado, W. Ecuador Debate Número 51 Septiembre del 2000: La crisis en el Ecuador en el contexto de las reformas financieras.
- Ocampo, JA. Octubre del 2000. "América Latina de la Crisis a la Recuperación".
- Plitman Pauker, Ruth, 26 abril 2002.
- La Crisis Bancaria en el Ecuador Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen VII, Editorial Tenis , Bogotá-Colombia, 1989, pág. 7.
- Macroeconomía y Economía Política en dolarización, Alberto Acosta y Saavedra Marconi.
- Alan Greenspan, economista estadounidense judío que fue Presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos, entre 1987 y 2006
- Gacetas judiciales: 7-X-1981 (GJS XIII-No. 3 – pp- 3106-07 – 11-I-1984 (GJS XIV-No. 5, pp – 1090-93)
- Constitución de la República del Ecuador
- Ley General de Instituciones del Sistema Financiero
- Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado

- Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario Financiera
- Ley Para la Transformación Económica del Ecuador (TROLE 1)
- Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera
- Código Penal
- Boletines estadísticos del Banco Central del Ecuador
- Páginas web relacionadas
- Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, tomo II, Talleres Gráficos Minerva, Quito-Ecuador, 1953, pág. 460.
- Revista EKOS, cita: Arosemena (1998).
- Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen VII, Editorial Tenis – Bogotá-Colombia, 1999, pág. 7.