

INTRODUCCIÓN

El peculado como figura de vieja data ha castigado, a través de su historia a los funcionarios estatales que abusando de su condición, han distraído los dineros públicos en beneficio propio o de terceros. Realidad que no ha sido distante de la realidad Ecuatoriana en la que siempre se estableció este delito como uno de aquellos que sancionan las transgresiones a la Administración Pública, sin embargo en el Ecuador la figura ha sufrido ciertos cambios en el transcurrir de su historia, cambios que lamentablemente en lo que tiene que ver a la técnica jurídica no responde a la doctrina tradicional, ya que se lo ha establecido, extensivamente, como un delito que sanciona las transgresiones al Sistema Financiero.

La antedicha realidad se la puede palpar en la actual redacción del Código Penal en el que se ha establecido una redacción que amplía el marco público en el que debe naturalmente desenvolverse el delito de peculado, para ampliar la tipificación hacia el ámbito privado, dentro del cual se ha establecido que deberán ser sancionados por peculado a los funcionarios, empleados, ejecutivos, así como los vocales de los directorios de las instituciones del Sistema Financiero Nacional Privado, delito que en el Ecuador se lo ha denominado como Peculado Bancario. Sin embargo, cuando se

trata de aplicar dicha legislación a un caso concreto, será pertinente que se entienda claramente cuáles son las instituciones a las que se refiere la tipificación del Código Penal, para lo cual es pertinente remitirse a otras legislaciones que nos amplían el espectro y muestran cuáles son dichas instituciones, como es el caso de la Ley General de Instituciones Financieras de la cual se puede encontrar la mayor cantidad de instituciones comprendidas, como lo son bancos, mutualistas, almacenes generales de depósitos, entre otras.

Dentro de dichas instituciones se toma en cuenta a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, sociedades que en nuestro país se encuentran regularizadas por dos leyes y por dos entidades estatales distintas, como lo son la Superintendencia de Bancos y Seguros; y la Dirección Nacional de Cooperativas, así como lo es también la Ley de Cooperativas y la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Es así que tomando en cuenta esta duplicidad en el tratamiento de dichas sociedades, surge el problema de saber determinar si a los funcionarios, empleados, directivos o administradores de dichas sociedades Cooperativas, les es aplicable el delito de peculado bancario. Esta disyuntiva es fácil de dilucidar en el caso de las Cooperativas que se encuentran regidas por la Ley General de Instituciones Financieras y controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, ya que sobre las mismas no cabe duda la procedencia de la aplicación del delito en mención, el problema viene dado en el caso de aquellas Cooperativas, que aun siendo de Ahorro y Crédito se encuentran reguladas por la Ley de Cooperativas y controladas por la Dirección Nacional de Cooperativas, de las cuales se ha dicho que no realizan intermediación financiera por el hecho de captar recursos, conceder créditos y recibir aportaciones al patrimonio, exclusivamente de sus socios, razón que les ha diferenciado con las sociedades Cooperativas bajo el mando de la Superintendencia de Bancos y Seguros, las mismas que realizan la misma actividad no solo con sus socios, sino con terceros ajenos a la sociedad.

Es en ese sentido, que el presente trabajo pretende demostrar la plena aplicabilidad del delito de peculado bancario para los funcionarios, empleados y directivos de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, regidas por la Ley de Cooperativas y la Dirección Nacional de Cooperativas, ya que el bien jurídico protegido por el delito de peculado

bancario, que para el caso concreto es la confianza, debe ser garantizado también por dichas sociedades a sus socios ahorristas. Además que se demostrará que es la misma legislación ecuatoriana y la jurisprudencia, las que dan las herramientas y marcan el camino para determinar que los antedichos funcionarios sí podrían ser culpados por una eventual transgresión bajo los términos establecidos en el art. 257 del Código Penal vigente.

Es así que en el presente documento, se presentará en el Primer Capítulo un análisis sobre el llamado delito de peculado y su extensión a peculado bancario ecuatoriano, el mismo que sanciona el abuso de los funcionarios de las entidades financieras privadas ya sea en beneficio propio o de terceros. Además se explicará la naturaleza del peculado, así como su evolución normativa, hasta llegar a definir la figura ecuatoriana. Dentro de este capítulo se hará una revisión histórica del delito de peculado, desde su nacimiento hasta la actual realidad, por lo que se tomará en cuenta la doctrina, donde se recogen los puntos de vista de varios juristas, así como se hace un barrido de la legislación histórica y vigente, las cuales servirán de herramienta para explicar al delito de peculado en su totalidad.

Posteriormente, en el Segundo Capítulo, se explicará y se definirá a las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Crédito, así como su presencia en el Sistema Financiero Nacional privado y se determinará si las mismas realizan la actividad de intermediación financiera con el público, requisito sine quanon, para la aplicación del delito de peculado bancario. En este sentido se presentará, al igual que en el primer capítulo, una revisión de la legislación vigente en el Ecuador, con el fin de explicar la duplicidad de tratamiento de dichas Sociedades en nuestro país, para lo que será pertinente explicar, como se constituyen dichas Cooperativas, cómo son reguladas por las entidades estatales y cómo dichas sociedades pierden su vida jurídica con la disolución. Adicionalmente, se presenta un análisis y la pertinente explicación de la actividad de intermediación financiera, ya que dicha actividad es uno de los puntos principales de la cual se desprende el argumento para ratificar el hecho de que los funcionarios y empleados de las Cooperativas controladas por Dirección Nacional de Cooperativas, ya que si las mismas realizan esta actividad, se encontrarían comprendidas dentro del

Sistema Financiero Nacional privado y por tanto la tipificación del Código Penal es plenamente aplicable.

Finalmente, en el Tercer Capítulo se concluirá con la explicación del tema central de este documento, a través de la explicación de ciertos elementos jurídicos y legales, con el objetivo de ratificar que el delito de peculado bancario es totalmente aplicable en el caso de las Cooperativas de Ahorro y Crédito controladas por la Dirección Nacional de Cooperativas y regidas por la Ley de Cooperativas. En este sentido, será pertinente tomar en cuenta lo manifestado en los dos Capítulos anteriores, a fin de explicar cómo las Cooperativas de Ahorro y Crédito, sí son parte integrante del Sistema Financiero, además que se demostrará que dichas entidades en términos de la propia legislación ecuatoriana sí realizan intermediación financiera con el público, tal como lo dispone la Ley General de Instituciones Financieras, aunque la intermediación la realicen únicamente con sus socios. Así mismo se confirmará que estas instituciones deben cumplir con el deber de brindar a sus socios la confianza debida por cualquier otra institución financiera a sus clientes, en razón de que los mismos entregan sus recursos en consideración que estas instituciones les ofrecen. Para este fin, será importante también mostrar cierta legislación internacional que presente similitudes con el delito de peculado bancario ecuatoriano, para de esta manera explicar cómo el elemento confianza es protegido a nivel internacional

Es así como a continuación se presenta un interesante análisis de este caso, muy concreto y debatido en la actualidad por las Cortes de Justicia que al momento mantienen la duda por saber si el delito de peculado bancario, en los términos del Código Penal vigente, es aplicable o no para los administradores, funcionarios y demás empleados de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Crédito. Dicha disyuntiva de las Cortes, en este documento se soluciona, ya que se provee una respuesta razonada y bien argumentada.

CAPÍTULO I

EL DELITO DE PECULADO

1.1. Definición

1.1.1 Antecedentes

El delito de peculado proviene del antiguo derecho romano, donde *peculatus* era el delito que se verificaba cuando una persona se apropiaba del ganado público, que era el medio mediante el cual se hacía intercambio y medida común de valores. El peculado, en tal virtud, nace como un hurto agravado por el valor y la calidad de las cosas sobre las cuales recaía este delito¹.

En tal virtud, en el antiguo derecho romano el *peculatus* no era más que el *furtum* de las cosas pertenecientes al Estado, lo que en aquel tiempo se equiparaba con el *sacrilegium*, es decir, la gravedad de este ilícito era equiparablemente similar a las faltas cometidas a las cosas pertenecientes a la divinidad.

El ganado (*pecus*), como quedó dicho en el párrafo anterior, era el medio de cambio de la época, ya que antes de la introducción de la moneda, estos animales constituían el bien máspreciado y por tanto la parte más importante del patrimonio mobiliario de la comunidad, al punto que eran usados para los sacrificios. Con el pasar del tiempo, y ya con la existencia de la moneda propiamente dicha, el peculado se

¹ D. CARRERA, *Peculado de Bienes y Servicios Públicos*, Córdoba: Editorial Mediterránea, 1995. p136

entendía como la sustracción de estos metales en detrimento o daño del erario del pueblo romano, lo que implicaba no solamente el hurto como tal, sino también la apropiación indebida, particularmente la del dinero, por parte de los funcionarios contables quienes tenían a su cargo dicho peculio.

Posteriormente el peculado sería entendido más como un fraude cometido en contra de una caja pública, aunque esto no implicare una sustracción o distracción del dinero. En suma el peculado siempre fue concebido como un delito en contra del Estado, y por lo tanto la competencia para juzgarlo y sancionarlo, les pertenecía a los *questores parricidii*. La gravedad de este delito era tan grande que las sanciones que les correspondían a los infractores llegaban hasta la pena capital y en ocasiones eran perseguidos por tal infracción los herederos del infractor. Este delito infamaba tanto que los infractores o peculadores encontraban sus nombres esculpidos en planchas de mármol, para que recibiesen infamia eterna, lo cual hasta el día de hoy se puede ver en el Palacio ducal de Venecia por ejemplo².

Este delito evolucionó y adquirió una concepción más amplia y se extendió a la interceptación, captura, captación para el uso propio de los dineros públicos, así como sufrió una evolución respecto del objeto material, ya que no solo pasó de los bienes del pueblo romano, sino que también a las demás ciudades.

Etimológicamente la palabra “peculado” proviene del latín *peculatum o peculatus* que en definitiva es el abuso del patrimonio público, ya sea dinero, muebles u otro tipo de bien que pertenezca al patrimonio del Estado, bienes que por lo general se encuentran a cargo de un funcionario público, quien abusa de este patrimonio para obtener un beneficio propio o de terceros, lo que ha decir de algunos autores supone una suerte de “abuso de confianza por razón de su cargo”³.

En su evolución, el peculado se fue diferenciando del hurto, el cual ya no consistía en la naturaleza de las cosas o bienes sobre los cuales recaía la conducta ilícita. Y ya no solo se entiende al peculado como un “abuso de confianza”, sino que la concepción se amplía a una especie de “abuso de autoridad o de la función pública”. Además el sujeto activo recibe una calificación especial, pues solo podría ser propuesto

² V. MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Torinese, 1961. p 132

³ E. LOPEZ BETANCURT, *Delitos en Particular*, México: Editorial Porrúa, 1998. p 518

como tal, un funcionario público. Asimismo, el bien jurídico protegido será además del patrimonio público o del Estado, la correcta y el legal cumplimiento de la función pública.

Cabe resaltar que el delito de peculado tiene su origen como un tipo penal enmarcado en los delitos contra la Administración Pública, entendiéndose a esta como la actividad que ejecuta el Estado, en todos sus ámbitos es decir, en el plano Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como organismos clásicos de un Estado. Es decir, al ser un delito contra la Administración Pública, deberá entenderse que es un delito que atenta o perturba la normal organización y desarrollo de las funciones que ejercen los organismos públicos.

Al respecto CARRERA señala que:

Según la vieja doctrina se trata de delitos que se deben colocar entre los que están en contra de la fe pública, que se constituye como el hurto de dinero público. El peculado propio que es la apropiación del dinero público, por medio de una persona que tiene la investidura de funcionario público a quien se le ha entregado el bien del estado para que lo conserve y lo mantenga bajo su cuidado. El peculado impropio es aquel hurto de los objetos o dineros públicos, que no los tenía en su poder, pero que conocía la cualidad o pertenencia.⁴

Internacionalmente al delito de peculado, se lo ha considerado como una actuación propia de una conducta de corrupción, es así que en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada el 29 de Marzo de 1996 en Caracas – Venezuela, se han recogido normas encaminadas a interpretar actos de corrupción, con el fin de que los Estados partes adopten las medidas conducentes a sancionar y erradicar la corrupción en sus jurisdicciones. Siendo así un aspecto fundamental a tratarse en dicha Convención, la actividad que desarrollen y ejercen los funcionarios públicos al momento de administrar recursos del Estado, lo que debía estar encaminado a una administración clara y honesta, para que los ciudadanos tengan confianza y una especie de control sobre dicha administración pública.

En este sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción, luego de definir diversos actos de corrupción en su art. 6, como los de cohecho, negociaciones incompatibles, incumplimientos de los deberes de funcionarios públicos, etc. en su art.

⁴ D. CARRERA, *Peculado de Bienes y Servicios Públicos*, Córdoba: Editorial Mediterránea, 1995. p126

11, los Estados Partes estimaron conveniente y se obligaron a considerar la tipificación en sus legislaciones de diversas conductas, entre las cuales, figura en el inc. D:

[L]a desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de un tercero, hagan los funcionarios públicos de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieren percibido en razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa⁵

Cabe resaltar que la Convención anticipándose a la posibilidad de que los países que suscribieron este instrumento internacional podían ya tener tipificada dicha conducta, por lo que se estableció que en tal caso debía considerársele como un acto de corrupción para los propósitos de la Convención.

La importancia histórica de tomar en cuenta esta Convención en el presente documento, no solo está dada por la calificación como de acto de corrupción al peculado, sino que es importante también porque el mencionado instrumento internacional, aclara que no es necesario que se verifique un perjuicio al Estado, para que en este caso, el Peculado, sea tipificado por los Estados partes y considerado como un acto de corrupción. Dicho elemento cobrará aun mayor importancia en el momento de explicar los elementos del tipo penal.

1.1.2 Sujeto Activo

Históricamente la doctrina ha concebido al delito de peculado, como una infracción penal propiamente cometida en contra de la Administración Pública, por lo que necesariamente el ejecutor de la conducta típica, antijurídica y culpable, será únicamente un funcionario público o el encargado de un servicio público, sin embargo pueden ser coparticipes de este delito las personas particulares.

⁵ *Convención Interamericana contra la Corrupción*, adoptada en Caracas –Venezuela el 29 de Marzo de 1996 y entrada en vigor el 22 de Mayo de 1997, mediante Resolución Legislativa No. 000, publicada en Registro Oficial 70 de la misma fecha. El Ecuador acepto, ratifico y se adhirió a dicho instrumento el 21 de Julio del 2000, mediante Decreto Ejecutivo No. 336, publicado en Registro Oficial 125 de la misma fecha. En un principio se designó como autoridad central de aquel tiempo al Procurador General Dr. Milton Alava Ormaza, el 27 de febrero del 2003, fue designada como autoridad central a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción para ser cambiada el 26 de Mayo del 2009, cuando se designó al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, como autoridad central para Convención Interamericana Contra la Corrupción.

En suma, el delito que estamos estudiando, puede ser cometido por los agentes de la administración, quienes están encargados de las recaudaciones, pagos o que han recibido sumas de dinero del Estado o de las cuales es deudor o que en definitiva tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes del Estado.

Como lo señala LÓPEZ BETANCOURT⁶, el delito de peculado en orden a la conducta del agente, demuestra que el ejecutor de la conducta antijurídica y culpable debe efectuar movimientos corporales o materiales, por lo que no es posible que la conducta se verifique por omisión, por lo que la conducta se da cuando el servidor público, ya sea en su beneficio o a favor de terceros distrae los bienes públicos

Debe entenderse, por lo tanto que los bienes del Estado están únicamente en posesión del agente, por lo que éste no tendrá la facultad de disponer de los mismos como señor y dueño, ya que su calidad de custodio se lo impide. Hay que dejar claramente establecido que esta disposición como dueño de los bienes vendrá dada por la actuación del agente, mediante la cual se realizan actos de disposición ajenos a la naturaleza de la posesión de los bienes a su cargo, es decir, actos contrarios al título por el cual el funcionario los guarda.

En tal virtud, el sujeto activo tendrá que hacer actos que se confundan tanto objetiva como subjetivamente⁷, con los actos del propietario, pues caso contrario no puede verificarse una inversión del título. Lo que nos deja en claro que el simple uso o uso precario que realice el agente de los bienes no implicará un delito de peculado, ya que por su naturaleza no puede concebirse como un delito de uso.

La anterior idea se debe resaltar, señalando que el agente o funcionario público se encuentra en una suerte de custodio de los bienes del Estado y en tal virtud como lo indica DONNA “la custodia implicará la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar que en un momento los bienes le sean confiados en custodia en razón de su cargo”⁸

Para explicar de mejor manera, es importante mencionar que es peculado de uso, concebido así por cierto sector de la doctrina, como el uso momentáneo que el

⁶ E. LOPEZ BETANCOURT, *Delitos en Particular*, México: Editorial Porrúa 1998. P 248

⁷ Para efectos de esta redacción deberá entenderse a actos objetivos, como los tendientes a la consumación, enajenación, etc. de los bienes a cargo del funcionario. Actos subjetivos al contrario, debe entenderse como el ánimo del funcionario por tener la cosa como propia.

⁸ E. DONNA, *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008. p 320

agente o funcionario público hace de las cosas que custodia, sin que exista el ánimo de apropiarse de ellas, como sería el uso de los autos para movilizarse, o del computador para su trabajo y hasta del dinero que deberá ser devuelto enseguida. Sin embargo ya sea en uno u otro caso el peculado solo podrá verificarse en la disposición de dichas cosas, como si él fuera el dueño. En tal sentido, un uso precario de los bienes del Estado por parte del funcionario público podrá ser sancionado civilmente o incluso con una simple sanción disciplinaria, pero nunca como un delito de peculado.

En tal virtud como lo señala CARLOS CREUS, al analizar la acción típica que realiza el sujeto activo señala que:

No se trata indispensablemente de una apoderamiento o de una apropiación puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia administrativa o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque solo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella⁹

Adicionalmente es importante aclarar el sentido que las normas de peculado quieren dar a la frase “En razón de su cargo”, que no es otra cosa que la designación que tiene el agente público que está dada por una atribución de confianza que la administración ha hecho a favor del funcionario, sin que esto sea elemento esencial o de la naturaleza, pues como ya quedó dicho para que se verifique el ilícito será importante tener en claro el título bajo el cual el funcionario tiene los bienes públicos, que es la posesión.

A este respecto LÓPEZ PEÑALOZA explica que el sujeto activo de este tipo de delito es, lo que la doctrina llama como sujeto activo calificado, ya que se requiere que ostente la calidad de funcionario público y por esa razón tiene acceso a los bienes del Estado, que han sido entregados al agente por confianza de la Administración, en tal virtud el autor señala:

Para esto, es necesario que el sujeto activo calificado, sea un servidor público, calidad que se adquiere por imperativo legal, decreto, nombramiento entre otros. Por otro lado, el dinero sobre el que recae la acción del robo, hurto, disposición pertenecen a una entidad del Estado por lo que son considerados bienes oficiales o públicos. En cuanto a la culpabilidad, hace referencia a la infracción del deber objetivo de cuidado además de que la extracción o extravío, debió haber sido previsible que siendo previsto, el funcionario confió en poder evitarlo. La lesión del bien jurídico protegido se configura por la traición a la confianza depositada

⁹ C. CREUS, *Derecho penal Parte Especial*, 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 196

por la administración pública en sus agentes, la diligencia y eficiencia al desempeñar un cargo público, lo cual afecta al Estado y su credibilidad.¹⁰

Sin embargo aun puede quedar dudas de lo que se quiere transmitir con la frase “en razón de su cargo”, puesto que pudiera entenderse como que necesariamente debe existir una dependencia legal estrictamente dicha, con lo que se podrá decir que entre la función pública y la posesión hay una relación de dependencia, como bien lo deja manifestado GIUSEPPE MAGGIORE¹¹ citando a la Corte Suprema de Justicia italiana en su fallo de 5 de Julio de 1933¹². A este respecto la Corte Nacional de Justicia del Ecuador también se ha pronunciado y ha manifestado que, no es indispensable que el funcionario tenga materialmente en su poder los recursos públicos, sino que la redacción del Código Penal, en el que se establece la frase “en razón de su cargo”, tiene que ver con la facultad legal de dicho funcionario para disponer de los recursos, es decir, “no comete únicamente delito de peculado quien tiene en su poder tales bienes o recursos, sino el que tiene facultad para disponer de ellos o posibilidad de hacerlo”¹³

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia también explica que el delito de peculado, tiene como elemento esencial la existencia de un sujeto activo calificado quien tiene a su cargo bienes del Estado, por lo que si no se cumple con esta condición, la verificación del delito no puede darse, lo que se explica de la siguiente manera:

Sujeto activo: la calidad de funcionario público del autor o el estar incluido entre aquellas personas que la ley equipara al agente estatal; Objeto: la naturaleza de los bienes (públicos o equiparados); Relación funcional: que estos bienes hayan sido confiados a la persona en razón de su cargo o de su tarea. En el tipo penal previsto en nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, el núcleo tiene que ver con el abuso por parte del funcionario de dineros públicos o privados y en general de efectos que los representen, piezas títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; los

¹⁰ A. LÓPEZ PEÑALOZA, *Sentencias Penales Frecuentes*, Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2005. pp 155 - 159

¹¹ G, MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. III Parte Especial, Bogotá: Editorial Temis, 2000. p 163

¹² Para que haya peculado o malversación, es preciso que, entre la función pública y la posesión del dinero o de otra cosa mueble, exista alguna relación de *dependencia inmediata*. Y por eso debe excluirse la figura jurídica de peculado o de malversación, en el hecho del funcionario de un patronato nacional de asistencia social, que se apodera, convirtiéndose a su propio provecho, de las sumas correspondientes a órdenes de pago dadas por las compañías de seguros para las indemnizaciones debidas a las víctimas de accidentes a sus herederos

¹³ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución de Casación Serie N°17, de 17 de Octubre de 2001, publicada en la Gaceta Judicial N° 7.

intereses que se tutela no son, por un lado, el empleo de los fondos públicos y, por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado, sea esencial para la adecuación típica. Por consiguiente, el peculado es una figura típica dolosa, que exige el abuso de los recursos públicos o privados por ejemplo para disponer arbitrariamente de ellos sea en beneficio propio o de un tercero esto es, con el relativo perjuicio a la Entidad que dentro del Derecho Público, como lo determina el tipo penal, no puede cumplir con el servicio que le corresponde al haberse distraído los recursos con los que tal entidad cumple el servicio¹⁴

Es decir, no se puede únicamente creer que para que exista delito de peculado el cargo haya dado ocasión a la posesión de las cosas, puesto que esto dejaría abierta la posibilidad que cualquier posesión de un agente público puede ser susceptible, eventualmente, de peculado. Por otro lado, en cambio, está la concepción en sentido amplio de la frase “en razón de su cargo”, que interpreta que es susceptible de peculado la simple entrega de los bienes o dineros públicos al funcionario con “ocasión” o en “consideración” de su cargo, es decir, solo bastará que el funcionario público tenga posesión de los bienes o dineros por motivos inherentes a las funciones públicas, sin que exista una disposición legal que literalmente establezca el encargo. Esta última interpretación será excesivamente peligrosa ya que la figura de peculado se distorsionaría y cualquier cosa podría ser considerada como peculado.

En tal sentido “en razón del cargo” estará delimitado por la ley o un acto administrativo que entrega u otorga competencia al funcionario.

1.1.3 Objeto Jurídicamente Protegido u Objeto de tutela penal

En lo que tiene que ver con la protección o efectiva tutela que otorga el derecho penal, al sancionar una conducta como la del peculado, se tendrá que manifestar que lo que se busca proteger es en principio y como mayor valor, el interés público en lo que respecta al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

La idea anterior se sustenta en el hecho en la seguridad debida al patrimonio público, que han sido encomendados al agente público en razón de su cargo. Sin embargo de esto, hay que dejar en claro que el interés en proteger al Estado por una

¹⁴ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución de Casación Serie N°18, de 21 de Agosto de 2007, publicada en Gaceta Judicial N°4

conducta como esta no es estrictamente patrimonial sino que tiene que ver con la relevancia del interés público. De más estará decir cuál es la relevancia del interés público.

En definitiva hay que mencionar que el objeto jurídicamente protegido en el caso del delito de peculado, es también, el interés que tiene el Estado por la fidelidad que le debe el funcionario en su trabajo, y sobre todo en lo que tiene que ver con la administración del dinero o bienes públicos, cuestiones que merecen el interés de la sociedad entera y por eso lo grave de un ilícito como este.

1.1.4 Objeto Material

El objeto material del delito de peculado, serán los bienes, dineros u otras cosas muebles que pertenezcan al patrimonio del Estado, y que se encuentren en posesión de un funcionario o servidor público en razón de su cargo.

Como dinero debe entenderse estrictamente es su sentido literal, ya que de ser así simplemente se diría bienes muebles entre los cuales se incluye el dinero, sino que se entenderá también como tal, a los títulos que contienen obligaciones de dar dinero y que por tanto otorgan derechos y beneficios.

En el caso de los bienes inmuebles, la apropiación o distracción, como elementos de la acción nuclear del tipo penal en estudio, hacen muy complicado que el sujeto activo calificado (funcionario público) pueda cometer el ilícito por la misma naturaleza del bien, ya que al requerirse que se lleve a cabo la distracción o apropiación, hacen que se use como medio otro delito distinto al de Peculado. Es decir, el peculado respecto de bienes inmuebles aunque es perfectamente posible, es mucho más complicado que se dé, ya que su naturaleza impide que materialmente sean desplazados sin que se afecte su estructura, al contrario de lo que ocurre con los muebles que sí son susceptibles de distracción. Sin embargo serían susceptibles de peculado los frutos u otra utilidad que genere el inmueble.

Adicionalmente VINCENZO MANZINI señala que:

[L]as cosas que no pueden constituir objeto de propiedad en el estado en que se hallan, no vienen a ser susceptibles de peculado (o de malversación), ni aun cuando el culpable, mediante especificación, las haga comerciables. En efecto, en

este caso la cosa hipotéticamente susceptible de peculado viene a encontrarse en posesión del reo, no por razón, sino por abuso de oficio. Así el anatomista que, reducidos a esqueletos los cadáveres a él encomendados por razón de oficio, comercia con ellos, no comete el delito de peculado, sino de sustracción de cadáveres¹⁵

De igual manera será indispensable que la cosa tenga un valor, pues no es posible que exista peculado, si el bien no es valorable en dinero o tiene una valoración económica, puesto que con la carencia de este elemento, el bien perderá todo interés para el caso particular del derecho. Sin embargo es importante mencionar que la valoración que interesa al peculado no es exclusivamente económica, sino que tendrá, como quedó dicho una valoración en el sentido de protección del interés público.

Corroborando la idea anterior, es importante mencionar que todos los bienes entregados por encargo al funcionario público tendrán, necesariamente una valoración económica, por lo que este aspecto en última instancia queda relegado y por tanto “no deben confundirse con esa cuestión las relativas a la legitimidad objetiva del hecho y al dolo”¹⁶.

Sin embargo de todo lo anterior, el punto más importante en el delito de peculado es que los bienes encargados para la custodia del agente públicos son de propiedad de la administración pública, lo que distingue a este delito de los demás cometidos por un funcionario público, por lo que al separarse dichos bienes de la esfera pública, es que se puede verificar el delito en mención, como claramente lo establece la doctrina al señalar que “la esfera de custodia o tenencia de la cual tienen que separarse los bienes para que se dé el peculado es, dentro de la actividad patrimonial del Estado, la que representa el funcionario por pertenecer a su competencia según la ley, el reglamento o la orden.”¹⁷

Jurídicamente la propiedad está dada porque la cosa pertenece en todo o en parte a la Administración, por lo que la simple posesión de una cosa no puede ser considerada, para efectos del peculado, como que la cosa le pertenece a la

¹⁵ V. MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Torinese, 1961. p 137

¹⁶ *Ibidem*. p 138

¹⁷ C. CREUS, *Derecho penal Parte Especial*, 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 197

Administración, como ocurre cuando ésta entra en posesión de un bien que ha sido “secuestrado” como imposición judicial de una medida cautelar.

Por tal razón no se puede esperar dar una interpretación extensiva de la actuación que debe desarrollar el agente, ya que al tratarse el delito de peculado, de un delito doloso, es necesario que únicamente se verifique la conducta estrictamente descrita en el tipo penal, de modo que “no es necesario buscar ánimo especial alguno, que no solo no lo exige el sentido de la ley, sino que menos aún está regulado por la ley”¹⁸

1.1.5 Consumación y Juzgamiento

La consumación o ejecución del delito de peculado se verificará cuando efectivamente se dé la ilegítima apropiación o distracción de los bienes o dineros públicos. En este sentido no importará si existe o no una efectiva afectación patrimonial, ya que al ser el peculado un delito contra la administración pública, interesará el daño que se ejerza en contra de ésta en lo que tiene que ver con su correcto funcionamiento, en base al deber de fidelidad que el funcionario público tiene respecto de la Administración Pública por motivo de su cargo.

Es decir, lo que importa para la verificación de este delito es que cumpla con la acción típica básica del peculado, que en conclusión consiste en la sustracción, entendida esta con “la idea de apartar, separar, extraer y en el peculado se materializa en la idea de separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública”¹⁹

Este criterio es ratificado por CARLOS FONTÁN BALESTRA, al señalar, con respecto a la consumación de este delito que:

“[E]s apropiado el criterio que hace consistir la sustracción en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones los colocan. Para la consumación del delito, es necesario que ese vínculo en algún momento haya sido quebrado”²⁰

¹⁸ E. DONNA, *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008. p 327

¹⁹ L. MEDINA, *Leyes penales de España*, 10ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1947, p. 332

²⁰ C. FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, 14ª ed. Buenos Aires: Alfredo-Perrot, 1999, p. 868.

Adicionalmente, la verificación de la tipicidad propia del delito de peculado se adecuará exactamente cuando el sujeto activo efectivamente manifieste su voluntad de apropiarse de los bienes pertenecientes al Estado, que como quedó dicho anteriormente será a través de actos propios de un propietario y no de un simple poseedor.

Así mismo es importante el “provecho”, que se obtenga por la consumación del delito de peculado, que no es más que una simple ventaja del sujeto activo, ya sea en su favor o a favor de terceros, más allá de la gravedad del perjuicio patrimonial que pueda sufrir la Administración Pública, ya que lo que se garantiza con la sanción de un delito como el de peculado está íntimamente relacionado con el concepto de intangibilidad del patrimonio público y por tanto no importa el perjuicio o menoscabo efectivo que el Estado sufre.

En este sentido GIUSEPPE MAGGIORE señala que: “para que se realice la consumación es indiferente la existencia de algún daño patrimonial, porque la objetividad jurídica de peculado no es el perjuicio patrimonial, sino el ultraje al deber de fidelidad por parte del funcionario”²¹.

En lo que tiene que ver con las sanciones que la doctrina ha pensado necesarios para condenar esta conducta, podemos señalar como cuestión importante, el hecho de que el delito de peculado por su gravedad es perseguible siempre de oficio, es decir, nunca puede ser excitado mediante una acusación particular por ejemplo. Esto es por el simple hecho que el ofendido o víctima en este caso es la Administración Pública o el Estado como tal, el que por esencia es de carácter público así como el interés jurídicamente protegido también es público.

Adicionalmente no puede considerarse que exista un elemento de prejudicialidad respecto al deber por parte del funcionario público en lo que tiene que ver con la rendición de cuentas, que por lo general son fiscalizadas mediante un procedimiento administrativo, sin embargo, esto nada tiene que ver con la noción penal del peculado, por el contrario todos estos elementos podrían servir como elementos probatorios ya sea a favor o en contra del acusado. Esta afirmación ha sido

²¹ G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. III Parte Especial, Bogotá: Editorial Temis, 2000. p 166

ratificada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en varias ocasiones, cuando se ha manifestado que:

Esta Primera Sala especializada en materia penal, sostuvo en resoluciones anteriores y reitera ahora que la Ley no exige para viabilizar la acción penal por peculado u otros ilícitos en el manejo de fondos y bienes públicos por abusos de autoridad o violación de los deberes de los funcionarios públicos, que previamente exista un informe de la Contraloría General del Estado, ni que solo pueda iniciarse el juicio, cuando el Contralor General del Estado establezca presunciones de responsabilidad penal, requisito de prejudicialidad inexistente. Es más, la "orden superior de origen administrativo" -según el numeral 6 del artículo 15 del Código de Procedimiento Penal-, es apenas uno de los antecedentes, pero no el único ni el más importante, para que se inicie la acción penal pública, mediante el correspondiente autocabeza de proceso por delitos perseguibles de oficio.²²

No obstante de lo anteriormente manifestado, la actual realidad en el Ecuador muestra que el requisito de la existencia previa de un Informe por parte de la Contraloría General del Estado, es indispensable para el inicio de instrucciones fiscales por hechos como los contenidos en el art. 257 del Código Penal, mediante el cual se determine indicios de responsabilidad penal, y aunque para el caso de las indagaciones previas no es requisito la existencia de un informe como el antes señalado, se ha dispuesto que es obligación del Agente Fiscal que intervenga en el caso concreto, solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de auditorías gubernamentales, sobre los hechos que le hicieren presumir la existencia de un delito de peculado o enriquecimiento ilícito, para que en el caso de que se llegue a determinar indicios de responsabilidad penal, se pueda dar paso al inicio de la instrucción fiscal²³. Este requisito ha sido recientemente introducido por la Corte Nacional de Justicia, lo que impone tácitamente un elemento administrativo de prejudicialidad, sin el cual no se podrían iniciar los procedimientos judiciales por el delito de peculado, lo cual impone un elemento ajeno a lo manifestado en anteriores jurisprudencias de la Corte Nacional y los estamentos dados por la doctrina.

Sin embargo, y solo a modo de ilustración podemos manifestar que los funcionarios públicos tienen para con la administración otro tipo de responsabilidades,

²² Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 17, de 23 de Mayo de 2000, publicada en la Gaceta Judicial N° 3

²³ Corte Nacional de Justicia (Ecuador), Resolución, de 24 de Febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial N° 154 de 19 de Marzo de 2010.

que pueden ser concurrentes con la responsabilidad penal. Estas responsabilidades son las administrativa y civil, siendo la primera dividida en responsabilidad disciplinaria y financiera. En cuanto a la responsabilidad financiera, hay que manifestar que esta tiene que ver con los efectos de la llamada rendición de cuentas.

Por otra parte, aunque ya hemos manifestado que la comprobación de un daño patrimonial a la Administración Pública para los fines doctrinarios del peculado, puede ser irrelevante, es importante manifestar también que podría constituir un elemento esencial en el proceso penal ya que podría influir en el juzgador, para determinar si existen o no agravantes o atenuantes según sea el caso. En tal virtud como lo manifiesta MANZINI, “para el computo del daño es necesario atender, no solo al perjuicio irrogado a la administración pública sino también al valor en sí de lo que se apropió o distrajo²⁴”.

De la misma manera se puede alegar un efectivo resarcimiento del daño, sin embargo esto como quedó dicho no tiene relevancia alguna, pero eventualmente servirá exclusivamente como circunstancia atenuante, mas nunca eximente.

1.2 Peculado según la Legislación Ecuatoriana

1.2.1 Evolución Legislativa

En el Ecuador, el delito de peculado ha sido recogido por la legislación penal como un delito contra la administración pública desde los inicios de la República, el cual ha sufrido varias reformas a través del tiempo, hasta instaurarse un novedoso sistema en donde se incluye al sector privado como susceptible del delito de peculado.

En lo que tiene que ver con la evolución del peculado en la legislación ecuatoriana podemos destacar que siempre se caracterizó por ser esencialmente una conducta que afectaba la Administración Pública, así se puede evidenciar en el primer Código Penal o Criminal de la República establecido en el año 1837, en la época en la que Juan José Flores presidía el Congreso Nacional y la Presidencia de la República de Vicente Rocafuerte, donde se estableció los “delitos contra la causa pública”, entre los

²⁴ V. MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Torinese, 1961. p 179

cuales figuraba un delito que trataba sobre el “extravío de caudales públicos”, la “malversación” y la mala “administración de los caudales y efectos de la hacienda pública”²⁵, en donde los sujetos activos, tenían que ser funcionarios públicos que actuaban en contra de la hacienda pública de la época. Además es importante reiterar que en este primer código, que tomo como modelo al español, el interés que tiene el legislador por proteger el patrimonio público.

Posteriormente, y dentro de la misma línea, en la época de la Presidencia de García Moreno, hacia el año 1871, la Asamblea Constituyente de ese entonces expide un Código Penal, en el cual se instituye un capítulo que contenía los “Crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones”. En este capítulo estaba contenido un artículo 257 (igual que en el caso actual), donde se norma al peculado y la malversación como un solo delito, estableciéndose como elemento nuclear del ilícito, el “abuso de dineros públicos o privados”, entre otros que se encontraran en “poder (del funcionario) en virtud o razón de su cargo”. En este código, según lo manifiestan FLORES UZCÁTEGUI Y GARCÍA FALCONÍ²⁶, estaba basado en el sistema Belga, en el cual se establecía una enumeración de los objetos materia de la infracción, así como la vinculación que debía existir entre éstos y el funcionario público que los tiene en su poder. Definitivamente elementos muy nuevos y que influirían en la actual legislación. Posterior a este código vendrían dos más, de 1889, 1906, que repetían la redacción del código del año 71.

Será en el año 1938, que se expedirá un nuevo Código Penal, donde la redacción en principio es idéntica a la del Código del año 1871, con la gran diferencia que por primera vez se introduce que estaban comprendidos, como posibles sujetos activos de este ilícito, “los empleados que manejan fondos del Banco Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión Social”²⁷, sin embargo de esto se debe dejar en claro que los empleados de estos Bancos, deben considerarse como empleados

²⁵ Los datos pertenecen a una publicación de la Contraloría General del Estado publicado en Enero de 1977 y que es citado por Gustavo Flores Uzcátegui y José García Falconí, en su obra Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Reforma del art. 236 del Código Penal de 1938 publicada en el Registro Oficial N° 348, de 23 de octubre de 1941.

públicos, por el hecho de que eran empleados de entidades financieras pertenecientes a la Administración Pública.

Vendrían posteriormente al anterior código, las codificaciones de 1953, 1960 y 1971 que introdujeron pequeñas modificaciones que más atendían a la forma que al fondo. Por ejemplo se cambió los términos de Cajas de Previsión Social, por Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y se abandona el concepto de libertad condicional. Adicionalmente se estableció que los infractores de este delito podían ser juzgados y sentenciados en ausencia y demás reformas importantes que influirían en la normativa posterior.

En el año 1999 y a propósito de todos los últimos acontecimientos por la crisis bancaria de la época se reforma el código penal vigente hasta esa fecha, y se llega a establecer que podían ser responsables del delito de peculado, no solo los funcionarios de instituciones públicas e instituciones financieras públicas, sino que se extendió el alcance a los funcionarios, empleados y miembros de los directorios de las instituciones del sistema financiero privado, lo que en la actualidad se lo conoce como peculado bancario o peculado calificado. Normativa que sigue vigente hasta el día de hoy

Es importante mencionar que las reformas, en las que se incluían a las instituciones financieras privadas, tal vez no fueron introducidas por cuestiones que respondan a un criterio jurídico válido, ya que el momento histórico que vivía el Ecuador en ese momento “inspiró” a los legisladores de la época para que instituyan esta normativa que respondía a una coyuntura política, aunque esto implicara una desnaturalización de la figura jurídica del peculado. Al respecto REINALDO CALVACHI señala que:

Debe recordarse que en nuestro país, de manera muy frecuente, se han incorporado nuevos tipos legales al sistema penal debido a necesidades coyunturales por hechos que han causado alarma social. Estas reacciones o respuestas legislativas que se han dado en aquellos hechos, han sido muchas veces desafortunadas, ya que no han guardado una adecuada técnica jurídica²⁸

Es que este argumento encuentra sustento en el hecho de que por su naturaleza el delito de peculado, es por esencia un delito contra la administración pública y por tanto de carácter público, por lo que no es posible pensar que se lo pueda extender al

²⁸ R. CALVACHI CRUZ, El Peculado Bancario, *Iuris Dictio*, (2): p 98, 2000.

ámbito privado, generándose una sensación de falta de técnica jurídica por parte de los legisladores y por tanto un ambiente de inseguridad jurídica.

El anterior criterio es claramente explicado por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, cuando al hablar de los delitos contra la Administración Pública, señala que:

[L]os delitos contra la administración pública son aquellas figuras típicas que el legislador ha creado para que no se perturbe, afecte, obstaculice o impida que el Estado a través de su engranaje, que comprende todas las funciones del mismo, cumpla a cabalidad sus fines²⁹

Luego de lo cual establece que el delito de peculado es uno de estos tipos que deben encuadrarse dentro de aquellos que afectan o transgreden a la Administración Pública, cuando señala que: “Así, el peculado y la concusión atacan el derecho de propiedad, y los delitos contra los funcionarios públicos, la autonomía y otros derechos de la persona humana, y son, no obstante, delitos contra la administración pública por la razón dicha anteriormente”³⁰

En suma podemos decir, que en el Ecuador, legislativamente, se han establecido dos tipos de peculados. Por una parte el delito de peculado propio o común, que es el que toda la doctrina conoce y que se ha explicado en la primera parte de este capítulo; y por otra parte está el delito de peculado bancario o calificado que incluye a las instituciones del sistema financieras.

1.2.2 Peculado Propio

En lo que tiene que ver con el delito de peculado propiamente dicho, deberemos reiterar que se imprimen, en nuestro código penal, los mismos elementos que la doctrina considera parte estructural de este tipo penal. El código penal regula el delito de peculado de la siguiente manera:

Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición

²⁹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 18, de 12 de junio de 2007, publicada en la Gaceta Judicial N° 18

³⁰ *Ibíd*em

arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.³¹

Podemos analizar que en primera instancia el artículo 257, ya establece que el delito de peculado requiere de un sujeto activo calificado³², que son “los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público”, para lo cual habrá que recurrir a la Constitución del Ecuador, con el fin de determinar quienes ostentan esta calificación. Es así que la Constitución³³ establece quienes son estas personas como todos aquellos que ejerzan una función pública u ostenten una dignidad. En tal virtud deberá entenderse que están enmarcados dentro de esta categorización todos los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos. Cabe recalcar que se deben considerar como tal, también a las personas que han sido elegidas por votación popular como, son los asambleístas, alcaldes, prefectos, Presidente, etc.

De la misma manera, es importante mencionar que también están incluidos los funcionarios que se rigen por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, al igual que los funcionarios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Contraloría, Superintendencias, Servicio de Rentas Internas, quienes que por pertenecer a una institución pública deben ser considerados como posibles sujetos activos de peculado, tal como lo establece el mismo art. 257 que señala:

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa (...) Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación.....³⁴

³¹ Código Penal Ecuador, vigente, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 147 de 22 de Enero de 1971

³² Entiéndase como sujeto activo calificado, la persona que ejecuta la conducta típica, pero que no puede ser una persona indeterminada o común, sino que se requiere que tenga una característica especial, como lo explica ERNESTO ALBÁN GÓMEZ, en su *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*.

³³ Art. 229 de la *Constitución del Ecuador*, Vigente, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de Octubre de 2008

³⁴ Código Penal del Ecuador, vigente

Sin embargo es importante manifestar que nuestra legislación en varios momentos trata como iguales a funcionarios, servidores y empleados públicos, lo que ha sido materia de análisis jurisprudencial, pero en todo caso deberemos entender que todos estos ejercen funciones públicas y por tanto pueden ser sujetos activos de peculado, según la disposición constitucional.

En este sentido, al igual que en las legislaciones del mundo entero que tienen prevista el delito de peculado, en el Ecuador, es elemento esencial de este delito la intervención de un sujeto activo calificado, que en este caso recae sobre los hombros de los funcionarios públicos, por lo que las salas especializadas de la hoy Corte Nacional de Justicia del Ecuador, han reiterado en varias ocasiones, que la cualidad del sujeto activo de este delito, es un elemento esencial del mismo, sin el cual no se puede verificar la conducta dolosa, lo que se ha manifestado cuando se señala que “los elementos constitutivos específicos del delito de peculado son: 1) El sujeto activo que, sólo puede ser un empleado público, en cuyo poder se encuentren los bienes en razón de su cargo”³⁵

Adicionalmente, cabe resaltar que en ciertos casos pueden concurrir particulares en el cometimiento del delito de peculado, es decir, cuando en el cometimiento de la conducta tipificada se verifica que han participado uno o varios funcionarios públicos con uno o varios particulares, se les comunica a dichos particulares la responsabilidad por peculado, bajo el principio de comunicabilidad de las circunstancias, razón por la cual ellos también son sancionados por el mencionado delito.

Este criterio lo ha corroborado en varias ocasiones la Corte Suprema de Justicia al señalar que:

La Corte Suprema de Justicia, aún antes de la vigencia de la Constitución Política de 1998 ha venido sosteniendo que en tratándose del delito de peculado son corresponsables del mismo tanto el funcionario público como el particular que no ostenta tal calidad, ya por el principio de indivisibilidad del título de la infracción, ya por principio de la comunicabilidad de las circunstancias del delito, cuando no son de orden personal sino fácticas y conocidas por el partícipe que no es funcionario público, de manera que el juzgamiento por el mismo delito de peculado es enteramente jurídico para el caso de los particulares.³⁶

³⁵ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 16, de 22 de Octubre de 1993, publicada en la Gaceta Judicial N°1

³⁶ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Expediente N° 223, de 22 de Julio de 2004, publicada en el Registro Oficial N° 383

Con respecto a lo anterior, la doctrina no tiene un acuerdo unánime, ya que existen varios criterios en contra, lo que la misma Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, también ha recogido en sus fallos al manifestar que:

La doctrina todavía discute si puede considerarse coautor o cómplice de esos delitos a la persona que no tenga la calidad de servidor público o representante de elección popular pero participe en su perpetración o en sus resultados. Quienes sostienen la tesis positiva se sustentan en la necesidad de impedir la impunidad, pero que debe salvarse el principio de la unidad delictiva, que hace que el acto punible sea el mismo para todos los participantes y sea por tanto el mismo tipo penal aplicable para unos y otros. Por ello aplican al caso el principio de la comunicabilidad de los elementos del delito al coautor o al cómplice "extraneus" a la cualidad del sujeto activo que exija el tipo penal específico, y concluyen que pueden ser coautores o cómplices del delito que requiera sujeto activo cualificativo quienes participen sin tener tal cualidad, y según la naturaleza de su intervención.³⁷

Sin embargo, como se señala en el mismo fallo citado, la discusión en el Ecuador no subsiste ya que los tribunales de casación siempre se han adherido a la tesis de la comunicabilidad de las circunstancias, además de que desde el año 1996 se estableció constitucionalmente que quienes participen en el delito aunque no ostenten la calidad de servidores públicos, también son responsables por el ilícito.

En lo que tiene que ver con la acción nuclear prevista por el delito de peculado, la norma señala claramente como verbo rector, el "abusar", que según el diccionario de la Real Academia de la lengua Española, no es otra cosa que: "Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. Hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder"³⁸

Lo anterior debería entenderse en concordancia con lo explicado en la parte inicial del presente capítulo, en donde se estableció que ampliamente la doctrina considera como peculado a la "apropiación" de bienes públicos. Sin embargo en nuestra legislación se usa el verbo "abusar" lo que tiene un sentido muy amplio como bien lo señala CALVACHI:

El verbo abusar, al tener una gama amplia de posibilidades, ha provocado que el legislador lo haya asimilado a desfalco (apropiación de bienes), malversación

³⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N 17, publicada en la Gaceta Judicial N° 11

³⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, publicación en línea, disponible en: <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el 26 de Noviembre de 2010

(usar con fines distintos a los previstos), disposición arbitraria (igual que malversación) o cualquier otra forma semejante (una fórmula análoga inaceptable). La jurisprudencia ecuatoriana ha interpretado el verbo abusar como sinónimo de apropiación o distracción de bienes vinculadas a las formas descritas³⁹.

En tal virtud para efectos de entender que el peculado ecuatoriano se encuentra en concordancia con la doctrina, se ha establecido, mediante jurisprudencia la equiparación de los términos “abusar” y “apropiarse” manifestándose de la siguiente manera:

[L]a conducta estriba en “abusar” de tales bienes, “ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante”, forma que radica siempre en actos de apropiación o distracción que dice la doctrina, cometidos en beneficio propio o de terceros; pues ha de advertirse que, si bien el verbo rector conforme la ley ecuatoriana es “abusar” no puede desligarse de dicho abuso de la “forma” en que se lo comete, la cual únicamente puede ser una de las señaladas en la ley⁴⁰.

Cabe resaltar que al igual que en el caso del elemento de sujeto activo calificado, como se explico anteriormente, la verificación de la acción nuclear “abusar”, también es uno de los elementos o requisitos indispensables para la consumación del delito de peculado en el Ecuador, como bien lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia, al señalar que:

Por consiguiente, el peculado es una figura típica dolosa, que exige el abuso de los recursos públicos o privados por ejemplo para disponer arbitrariamente de ellos sea en beneficio propio o de un tercero esto es, con el relativo perjuicio a la Entidad que dentro del Derecho Público, como lo determina el tipo penal, no puede cumplir con el servicio que le corresponde al haberse distraído los recursos con los que tal entidad cumple el servicio.⁴¹

En todo caso, lo que debe importar para poder sancionar esta conducta abusiva (según términos de la legislación ecuatoriana), es que se verifique la existencia de una actuación dolosa, es decir, que se verifique que la intención del agente público de causar un daño es con plena conciencia y voluntad. El funcionario debe tener el real

³⁹ R. CALVACHI CRUZ, El Peculado Bancario, *Iuris Dictio*, (2): p 102, 2000.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 15, publicada en la Gaceta Judicial, N° 3 p.p. 805, 806, 807

⁴¹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 18, de 21 de Agosto de 2007, publicada en Gaceta Judicial N°4.

saber y entender que su actuación es completamente antijurídica y que voluntariamente ha querido apropiarse de los bienes públicos.

Otro de los elementos del peculado en el Ecuador es la verificación del objeto material sobre el cual recae la acción sancionada, que al igual que en la doctrina, son los dineros públicos o privados, efectos que los representen, títulos, documentos o efectos mobiliarios, que deberán estar a cargo del funcionario público en razón de su cargo.

En cuanto a los bienes o cosas que puedan ser objeto del abuso del funcionario público, es el dinero o cualquier otro bien movilizable de algún valor que pertenezca al Erario Público y que haya llegado a manos del funcionario en virtud o razón de su cargo, y que se haya apropiado de ellos indebidamente con miras de lucro personal o para terceros.⁴²

Como se mencionó al inicio, debe existir una vinculación jurídica entre los bienes (objeto material) y el funcionario que los tiene en su posesión por la investidura pública que lo reviste. Esta vinculación jurídicamente está representada por el nombramiento que como funcionario público recibe el agente. Sin embargo hay casos en los que puede darse el caso que un funcionario no tenga la libre disposición de bienes públicos, pero que sí pueden ser condenados por peculado, como ocurre con el caso de los legisladores.

Por último cabe recalcar que el delito de peculado en el Ecuador, según disposición constitucional⁴³, es imprescriptible tanto en la acción como en la pena, así como es un delito que puede ser juzgado en ausencia del acusado, esto por la gran alarma que genera en la sociedad un ilícito como este. La Constitución al respecto señala:

Art. 233.- 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

⁴² Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 16, de 22 de Octubre de 1993, publicada en la Gaceta Judicial N° 1

⁴³ La imprescriptibilidad del delito de peculado no solo está contemplado en la actual Constitución de 2008, sino que ya se había instituido en la Constitución del año 1998, en su Art. 121.

ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.⁴⁴

1.2.3 Peculado Bancario o Peculado Calificado

Como se dejó sentado anteriormente, en el Ecuador, el delito de Peculado, se encuentra normado de manera muy peculiar, ya que introduce una figura penal que para el común de la doctrina y las legislaciones del mundo, simplemente no es posible por la naturaleza del delito en cuestión. Esta novedad legislativa es sin duda el concepto del delito de peculado bancario, ilícito que subsiste normado por el Código Penal en la sección de delitos contra la Administración Pública, aunque su realidad no precisamente responde a este hecho, ya que se trata de un delito plenamente financiero y por tanto económico, en los cuales se atenta contra el orden establecido, a los cuales CERVINI Y ADRIASOLA los definen como:

Estos tipos de delitos se encuentran enmarcados dentro de los delitos económicos, que afectan el orden económico social. Sin embargo presentan la particularidad de una visión más amplia donde, la empresa o la persona jurídica puede ser sujeto pasivo, como sujeto activo de ciertas infracciones penales, es así que ante esta situación pueden presentarse ciertos problemas a saber⁴⁵.

Lo que en conclusión quiere decir es que el peculado, en el momento de trasladarse a un ámbito privado pierde su naturaleza de delito contra la Administración Pública, y se traslada a un campo financiero, lo cual implica que en el caso del delito de peculado bancario se apunte a un sector netamente privado y principalmente financiero

La figura del peculado bancario, como quedo dicho en el recuento histórico de la normativa, antes revisado, se introdujo con la extensión de los sujetos activos calificados, como funcionarios públicos, a los administradores y demás colaboradores de las entidades financieras.

Al respecto el Código Penal, a partir del año 1999 dispone que:

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los

⁴⁴ Constitución del Ecuador, vigente

⁴⁵ R. CERVINI Y G. ADRIASOLA, *El Derecho penal de la Empresa*, Montevideo: Editorial B de F, 2005, p 167

directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos⁴⁶

Cabe mencionar que el delito de peculado bancario ya tiene su origen desde el año 1938, como quedó dicho anteriormente, en tal virtud lo que se viene hacer con la codificación del año 1999 hasta ahora vigente, es una extensión o ampliación del alcance de las entidades comprendidas para el caso del delito de peculado bancario, ya que en el año 1938 ya se manifestaba como eventuales responsables de este ilícito a los funcionarios de “los bancos comerciales” y por tanto, lo que se amplía con la actual codificación, es el espectro de entidades comprendidas, ya que ahora se señala como tales a las “Instituciones del Sistema Financiero Nacional Privado”, lo que como se demostrará no solo implica los bancos privados o comerciales, sino que muchas más entidades enmarcadas dentro del espectro del sector financiero.

Como se puede ver, el concepto de sujeto activo para el delito de peculado bancario viene a sufrir un cambio drástico, respecto al peculado clásico, ya que en el caso del segundo el sujeto activo recibe la calificación especial por el motivo de ser un funcionario público, en cambio en el primer caso, el sujeto activo es calificado por ser empleado, servidor o directivo de una institución financiera privada.

Respecto de este cambio normativo que condujo a la inclusión de los funcionarios bancarios como sujetos activos calificados la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

En cuanto al sujeto activo, se amplió la imputabilidad del delito de peculado primeramente a las personas encargadas de prestar un servicio público; después a los empleados de los bancos y cajas de previsión; más tarde a los dignatarios de elección popular y en general a todo servidor público, seguidamente a todo servidor bancario que maneje fondos de la entidad en la que presten sus servicios; a los particulares que sin la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito o de sus resultados; y, últimamente a los vocales de directorios o consejos, administradores, funcionarios, ejecutivos y empleados de todas las instituciones del sistema financiero nacional (no solamente de los bancos) que no tengan el manejo de fondos, pero hubiesen contribuido al cometimiento del delito, en razón de sus cargos. El denominado "peculado bancario" llamado así para distinguir el que se comete en las instituciones del sistema financiero, del que se perpetra en las entidades del sector público, aparece ya en la reforma al entonces artículo 236 del Código Penal de 1938 (hoy

⁴⁶ Código Penal del Ecuador, vigente

artículo 257), efectuada mediante Ley de 8 de octubre de 1941, publicada en el Registro Oficial número 348 de 23 de octubre de 1941⁴⁷

Queda claro que esta extensión a los administradores de una institución privada, claramente desnaturaliza la esencia del peculado propiamente dicho, sin embargo esto no debe quedar únicamente en la crítica, ya que es importante dotar este argumento con un sustento lógico. Es así que a diferencia de lo manifestado por la doctrina, la vinculación jurídica entre el sujeto activo y el objeto material, en el caso del peculado bancario, es muy difícil de determinar porque no existe una investidura que revista al empleado o funcionario bancario, por el hecho de estar vinculado con el sector privado.

Esta situación hace muy poco tiempo atrás generaba grandes confusiones, ya que al no ser regidos por una misma norma el funcionario público y el privado, hacía que se incurra en interpretaciones extensivas, que en el derecho penal simplemente está negado.

Con respecto a la calidad de sujeto activo calificado y su vinculación con el objeto material de la infracción la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

El peculado es la sustracción o apropiación indebida de fondos públicos por aquél 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; al cuenta correntista, al cuenta ahorrante y a 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, quienes sin manejar materialmente el dinero, disponen arbitrariamente de ellos, sin limitarse a las restricciones que la Ley ha establecido precisamente para la seguridad de los dineros que se han puesto bajo su cuidado.⁴⁸

En el caso de los empleados o funcionarios bancarios esta discusión se la quiso dar por terminada, de cierta manera, con la introducción de una disposición constitucional en la que se establece que las instituciones financieras, son una especie de depositarios de un servicio público: “[a]rt. 308.- Las actividades financieras son un

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 17, de 5 de julio de 2004, Caso Banco de Préstamos, publicada en la Gaceta Judicial N° 14

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N°14, de 11 de Enero de 1984, Caso Banco La Previsora, publicada en la Gaceta Judicial N°5

servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley....”

Siendo así, se deberá aclarar que la actual Constitución manifiesta lo anterior, con el fin de darle un valor muy alto a la actividad financiera, por lo que se la equipara con un servicio público, sin que éste en realidad lo sea o se lo pueda considerar como tal, ya que las entidades que la realizan son estrictamente de carácter privado y por tanto no es posible que se llegue a considerar como servidores públicos a los funcionarios o empleados de las instituciones financieras, por estar encargados del “servicio público de la actividad financiera”, más aún si se toma en cuenta que la misma Constitución establece en el art. 225 entre el sector público está integrado, por:

Art. 225.- El sector público comprende:

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.⁴⁹

Igual reflexión puede presentarse respecto de los casos en las entidades bancarias se convierten en entes de recaudación de tributos en lo que tiene que ver con el manejo de estos fondos, al respecto CALVACHI plantea la siguiente interrogante: “¿podría entenderse como una delegación puntual de la administración pública, la facultad de que una institución bancaria sea agente de recaudación de tributos?”⁵⁰

Si esto sería así tendría entonces que determinarse la responsabilidad en el caso de peculado impropio⁵¹, del funcionario bancario, únicamente individualizando para el caso concreto, los fondos que por “delegación” se encuentran a su cargo, lo que implicaría un trabajo prácticamente imposible ya que los fondos públicos y privados, en una institución financiera tienden a confundirse entre sí.

En todo caso respecto de las dudas presentadas, será importante manifestar que en todo caso existe la posibilidad que la situación particular del sujeto activo sea

⁴⁹ Constitución del Ecuador

⁵⁰ R. CALVACHI CRUZ, El Peculado Bancario, *Iuris Dictio*, (2): p 100, 2000.

⁵¹ La doctrina en general ha clasificado al peculado en propio e impropio, siendo el segundo como un delito contra la propiedad pública, como ocurre en la malversación

comunicada a quienes participen en la consecución del delito aunque no tuvieren la calidad de funcionario público.⁵²

Por otra parte, debemos señalar que el sujeto pasivo, respecto del delito de peculado bancario también sufre una modificación en referencia del peculado común, ya que al tratarse de dineros privados, se entenderá que el afectado será un particular como titular del bien afectado.

De más estará decir, adicionalmente, que el bien jurídicamente protegido en el delito de peculado bancario es diametralmente diferente al protegido en el peculado común, por el hecho de que el bien o interés máspreciado para las instituciones financieras, está fincado en la confianza de sus clientes y el patrimonio privado, para nada equiparable al interés por la fidelidad pública y el patrimonio público. La explicación de la confusión de estos elementos en nuestra legislación, tal vez es muy bien explicado por REINALDO CALVACHI al señalar que:

Se confunde aquella manifestación de fe pública con la confianza depositada en la institución financiera 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 privado⁵³

Para finalizar, y con el propósito de dejar sentado un punto que se aclarará en un capítulo posterior, es preciso decir que la determinación de cuáles son las entidades que conforman el sistema financiero nacional privado, deberemos recurrir a la regulación dada por la Ley General de Instituciones Financieras, la cual en su art. 1 señala las entidades que conforman el Sistema Financiero Nacional Privado:

Las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, así como las instituciones de servicios financieros, entendiéndose por éstas a los almacenes generales de depósito, compañías de arrendamiento mercantil, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, corporaciones de garantía y retrogarantía, corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas, que deberán tener como objeto social exclusivo la realización de esas actividades, quedarán sometidas a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control que realizará la Superintendencia dentro del marco legal que regula a dichas instituciones, en base a las normas que expida para el efecto⁵⁴

⁵² Art. 233 de la Constitución del Ecuador, 2008

⁵³ R. CALVACHI CRUZ, *El Peculado Bancario*, *Iuris Dictio*, (2): p 100, 2000.

⁵⁴ Art. 1 Ley General Instituciones Financieras, vigente

La norma sin duda, ayudará a precisar cuáles son los funcionarios privados que podrían ser susceptibles de ser juzgados por peculado bancario, ya que esto depende a la institución financiera a la que se pertenecen y que está delimitada por la Ley General de Instituciones Financieras.

CAPITULO II

COOPERATIVAS DE AHORRO Y CREDITO Y LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

2.1. Definición de Cooperativa de Ahorro y Crédito

La palabra cooperativa tiene su origen en la palabra cooperación, que a su vez proviene del latín *cooperatio*, palabra que se compone de los vocablos *cum* (junto, con) y *operare*⁵⁵ (obrar, trabajar, operar). En tal virtud como lo manifiesta GERMAN VASQUEZ GALARZA “cooperación en el más amplio sentido es el acto de obrar conjuntamente con otros persiguiendo una misma finalidad”⁵⁶

Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se reúnen de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales

⁵⁵ F. MORALES CASAS, *Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios*, 2ª ed., Madrid: Jurídica Radar Ediciones, 2003, p. 148

⁵⁶ G. VÁSQUEZ, *Cooperativismo Según los programas oficiales de Enseñanza*, 6ª ed. Quito: Impreseñal, 1985, p.9

Los principios que originalmente establecieron los pioneros de Rochdale⁵⁷ para las Sociedades Cooperativas fueron los siguientes:

- a) Libre ingreso y libre retiro
- b) Control democrático
- c) Neutralidad política, racial y religiosa
- d) Ventas al contado
- e) Devolución de excedentes
- f) Interés limitado sobre el capital
- g) Educación continua.

Se trata de sociedades con personería jurídica de derecho privado, que tienen un capital variable e ilimitado, que se integran de un indefinido número de socios, que tienen principalmente un fin social de ayuda entre los cooperados, es decir, cumplen un fin de interés social.

La cooperativa es una entidad basada en la autonomía de voluntad de las personas que la integran para satisfacer sus necesidades económicas, así como las de la naturaleza cultural y social, mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua. La razón del hecho cooperativo es la necesidad de ayuda mutua para superar límites de otra manera infranqueables para el desarrollo de la actividad deseada por cada uno, singularmente considerado.⁵⁸

No se trata de entidades mercantiles, ya que tienen ausencia de ánimo de lucro, y más bien se las asimila a las sociedades civiles de derecho privado.

Las cooperativas tienen un carácter societario, es decir, debe cumplir con ciertos requisitos y formalidades, como las requieren demás sociedades con carácter societario.

Tanto la cooperativa como la caja de ahorro, comparten una finalidad, que es el conceder créditos a sus socios, sin imponerles el cumplimiento de cargas onerosas, sin embargo se diferencian de las cooperativas, porque se basan en principios distintos, pues la filosofía y fundamento doctrinal, son diametralmente diferentes.

⁵⁷ Se ha fijado a 1844 como el año de nacimiento del movimiento cooperativo moderno, pues se considera que la primera cooperativa fue así llamada Sociedad de Pioneros Imparciales de Rochdale, formada por trabajadores de esa ciudad de Rochdale en Escocia y registrada justamente el 24 de octubre de 1844 (G. VÁSQUEZ, *Cooperativismo Según los programas oficiales de Enseñanza*, 6ª ed. Quito: Impresión, 1985, p.15)

⁵⁸ T. ROSEMBUJ, *La empresa Cooperativa*, 2ª ed. Barcelona: Biblioteca de Cooperativismo, 1985, p 9.

Con respecto a la existencia de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, JOSÉ MARÍA CIURANA FERNANDEZ, explica que las mismas surgieron por necesidades sociales:

Por exigencias de la vida y de la propia actividad que uno se dedica surge muchas veces la necesidad de tener que pedir dinero prestado. Cuando se trata de familias o personas modestas, ya del campo o de la ciudad, encuentran grandes dificultades en obtener créditos de los Bancos corrientes, generalmente por falta de garantía, pues, como ya hemos dicho se trata de familias de economía muy limitada.⁵⁹

Otro de sus caracteres es que, las cooperativas de ahorro y crédito, pueden colocar el dinero que captan de dos maneras específicas, en instrumentos de inversión, para lo que pueden pedir ayuda a las entidades financieras comunes; y la otra forma, es entre sus propios miembros.

Las cooperativas en comparación con las instituciones financieras, distan en que la cooperativa no debe respetar un principio de intermediación financiera abierta, sino más bien un principio de exclusividad, que es a favor de su socio por esa razón no tiene clientes.

No obstante su actividad implica que haya un incremento o un ingreso patrimonial por la concesión de créditos, ingreso que luego debe ser entregado a otros socios para su beneficio social. Esta actividad la explica PAUL ROY al señalar que:

Se conceden créditos y por los mismos se cobra una tasa de interés suficiente como para cubrir el costo de los fondos que las mismas toman prestados, con más los gastos de operación y las reservas legales. Las sociedades de créditos cooperativas que operan como subsidiarias de otras regionales o independientes, se encuentran en mejor posición para extender sus riesgos sobre una zona más vasta u obtener capital más fácilmente que cooperativas locales.⁶⁰

Para el Ecuador, la legislación Cooperativa data de 1937, pero fue en la década del cincuenta al sesenta que cobró verdadera presencia en el ámbito nacional cuando se da la creación de la mayor parte de las organizaciones Cooperativas de primer y segundo grado, en esto intervinieron directa o indirectamente agentes ajenos a los sectores involucrados, es decir, instituciones públicas, privadas y promotores; entre estos últimos se puede señalar a religiosos, voluntarios extranjeros y algunos

⁵⁹ J. CIURANA FERNANDEZ, *Las Cooperativas en la Práctica*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p 52

⁶⁰ P. ROY, *Cooperativas Hoy y Mañana*, Buenos Aires: Albatros S.R.L., 1969, p. 341

profesionales, a título personal o encargados por alguna organización de carácter político o social.⁶¹

Por su naturaleza, no son sociedades mercantiles, ya que no tienen *animus lucrandi*, sin embargo de esta situación, estas entidades captan recursos, que buscan incentivar el ahorro público y que por tanto otorgan crédito a sus cooperados.

Estas sociedades tienen como objeto fundamental el reunir recursos de sus cooperados, con el fin de compensar el aporte de los mismos a través del mejoramiento de sus condiciones socioeconómicas, personales, culturales y satisfacer sus necesidades.

2.2. Las Cooperativas de Ahorro y Crédito en la Legislación Ecuatoriana.

En el Ecuador las Cooperativas de Ahorro y Crédito se encuentran reguladas y supervisadas por dos normas e instituciones diferentes; la Ley de Cooperativas y la Dirección Nacional de Cooperativas; y la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la Superintendencia de Bancos. Además se encuentran comprendidas dentro del ámbito constitucional, que las ubica espacialmente en el espectro en el que deben desenvolverse

2.2.1 Constitución del Ecuador

Es importante recoger los preceptos de la Constitución de la República, con respecto al Sistema Financiero Nacional, especialmente el caso de las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

En este sentido, la Constitución regula el tema en cinco artículos, y señala que en primera instancia el sistema financiero, en si se constituye en un servicio público, por lo que se requiere de la aprobación por parte del Estado, para que se pueda ejercer esta actividad, previo el cumplimiento de los requisitos de ley.

⁶¹ P. BARZALLO. Fundamentos históricos y teóricos del Sistema Cooperativo de Ahorro y Crédito [en línea], [publicado en Agosto de 2088]. Disponible en: <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/funhistocooperativa.htm>.

Adicionalmente, se define que la actividad financiera tiene como finalidad el preservar los depósitos y contribuir al cumplimiento de los objetivos de desarrollo del país, por lo que deben estar dispuestas a cumplir con los requerimientos por parte del Estado, para este fin. De la misma manera se establece que las entidades del Sistema Financiero, tienen como actividad el intermediar de manera eficiente los recursos captados, por lo que la solvencia de dichas instituciones es de exclusiva responsabilidad de sus administradores y no puede ser por tanto garantizada por el Estado.⁶²

Por otra parte, se define también cuál es la composición del Sistema Financiero, que se compone del sector privado, público y el popular y solidario, que realizan actividad de intermediación con el público.⁶³ En lo que compete al sector financiero popular y solidario, la Constitución, señala que componen dicho sector, “las cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro”⁶⁴. Sin embargo se dispone, que dichas entidades recibirán un tratamiento diferenciado y especial por parte del Estado.

2.2.2 Ley de Cooperativas

En lo que tiene que ver con la Ley de Cooperativas, habrá que manifestar, a modo de dato histórico, que la primera ley sobre la materia se expidió el 30 de noviembre de 1937, siendo solo al año siguiente, cuando se expida el Reglamento General a dicha ley. Con el paso del tiempo, sería indispensable crear la hasta hoy conocida Dirección Nacional de Cooperativas en 1961, a propósito del ingreso del Ecuador al movimiento cooperativista mundial. Dos años después, es decir, para el año 1963 se expide la Ley General de Cooperativas, que sería reformada posteriormente en 1967. En el año 1985, la Junta Monetaria daría el primer paso por distinguir ciertas Cooperativas de Ahorro y Crédito que realizaban intermediación financiera de forma abierta, para que sean controladas y reguladas por la Superintendencia de Bancos.⁶⁵

⁶² Art. 308 de la Constitución del Ecuador, 2008

⁶³ Art. 309, ibídem

⁶⁴ Art. 311, ibídem

⁶⁵ H. JACOME, *Microfinanzas en la Economía Ecuatoriana: una Alternativa para el Desarrollo*. Ecuador: FLACSO- Fondo de Solidaridad, 2004. p 58

En la mencionada Ley de Cooperativas, se establece entre la clasificación de las sociedades reguladas por dicha norma, a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, que son las que hacen descuentos y conceden créditos a sus socios: “art. 66.- Cooperativas de ahorro y crédito son las que reciben ahorros y depósitos, hacen descuentos y préstamos a sus socios y verifican pagos y cobros por cuenta de ellas.”⁶⁶

La definición dada por la Ley para este tipo de sociedades, como vemos, es breve y muy general, por lo que es importante recurrir al Reglamento General de dicha ley, con el fin de conocer de mejor manera algunos detalles sobre este tipo de Cooperativas.

Es así que, es importante manifestar que a decir del art. 177 del mencionado Reglamento, las Cooperativas de Ahorro y Crédito, se forman del capital que aporten los socios, es decir de sus ahorros y depósitos, además se establece que dichos depósitos ganarán un interés no superior al 10% fijado por la Junta Monetaria ahora Banco Central del Ecuador, interés que debe estar claramente especificado en el Estatuto de la sociedad o de la Federación, según lo establece el art. 178 del Reglamento General a la Ley de Cooperativas.

Así mismo el art. 179 dispone que en el caso de los créditos, las Cooperativas deban regirse a las disposiciones que emita el Banco Central, para el cobro de intereses de amortización mensual y anual dependiendo del tipo de crédito otorgado a sus socios. Cabe resaltar que la norma dispone que se tomen en cuenta las regulaciones emitidas para las instituciones de crédito privadas o comerciales. Sin embargo la misma Ley establece como salvedad que los socios de las Cooperativas de Ahorro y Crédito no pueden endeudarse con la misma por un monto que exceda el 10% del capital de la sociedad cooperativa.

Adicionalmente, son las mismas Cooperativas las que en su Estatuto deben establecer la normativa aplicable respecto de cuantías, plazos de amortización, así como todos los requisitos que se necesitarán para la concesión de créditos. De la misma manera se establece que de los depósitos se debe reportar una parte como

⁶⁶ Codificación de la *Ley de Cooperativas*, publicada en el Registro Oficial 400 de 29/08/2001. Norma vigente

certificados de aportación a favor del socio, los que a su vez ganan intereses según lo dispuesto previamente.

Las Cooperativas de las que hemos venido hablando hasta el momento se encuentran reguladas y controladas por la Dirección Nacional de Cooperativas que es el órgano competente creado por Ley para la supervisión de todas las Sociedades Cooperativas, incluidas las de Ahorro y Crédito. Al respecto la Ley de Cooperativas señala:

Art. 94.- La Dirección Nacional de Cooperativas es la dependencia del Ministerio de Bienestar Social⁶⁷ que, en su representación, realiza todos los trámites para la aprobación y registro de las organizaciones cooperativas; las fiscaliza y asesora; aprueba sus planes de trabajo, y vigila por el cumplimiento de esta Ley y su Reglamento General, aplicando las sanciones correspondientes, cuando fuere del caso.

2.2.3 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

A pesar de lo manifestado, en el acápite anterior, las Cooperativas de Ahorro y Crédito no solo se encuentran reguladas por la Ley de Cooperativas, sino que también se encuentran comprendidas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero⁶⁸, la cual en su art. 1, define el ámbito de aplicación de la misma y entre las instituciones financieras que regula se menciona a las Cooperativas de Ahorro y Crédito que realizan intermediación con el público. Además que se las considera como entidades o instituciones financieras privadas, tal como ocurre con los bancos o mutualistas.

Adicionalmente, se señala que todas las Instituciones Financieras privadas deben ser constituidas como una Sociedad Anónima, con excepción de las Cooperativas de Ahorro y Crédito que realizan intermediación con el público. Sin embargo la Ley no nos señala claramente cómo deben crearse y únicamente se establece que se regulará el tema mediante decreto ejecutivo y que la personería jurídica de dichas cooperativas será conferida por la Superintendencia de Bancos.

⁶⁷ El Ministerio de Bienestar Social, cambió su nombre por el de Ministerio de Inclusión Económica y Social, mediante Decreto Ejecutivo N° 580, publicado en el Registro Oficial N° 158 de 29 de Agosto de 2007.

⁶⁸ Ley Generales de Instituciones del Sistema Financiero, publicada en el Registro Oficial N° 250 de 23 de Enero de 2001. Norma Vigente

Sobre este tema se ha expedido un Reglamento para el tratamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito. Este Reglamento establece el procedimiento para la Constitución; organización, funcionamiento y liquidación⁶⁹ de este tipo de sociedades, que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Adicionalmente se establece la clasificación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, entre cooperativas de primer piso y cooperativas de segundo piso. Las primeras son aquellas sociedades que pueden realizar intermediación financiera tanto con terceros como con sus socios. Las segundas en cambio son las que únicamente pueden hacer intermediación financiera con otras Cooperativas de Ahorro y Crédito de primer piso, que a su vez pueden ser socias o no.

Para la constitución de las Cooperativas, se señala que es la Superintendencia de Bancos el ente competente para otorgar personería jurídica a las Cooperativas que cumplan con los requisitos y el capital mínimo establecido por la Junta Bancaria, además de que será indispensable que los peticionarios presenten ante la Superintendencia, un certificado emitido por la Dirección Nacional de Cooperativas en el cual se establezca que la Cooperativa no se encuentra bajo la fiscalización de dicha entidad, puesto que de ser el caso, es totalmente incompatible que puedan ser supervisadas y fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos. Por dicha razón se dispone que las Cooperativas de Ahorro y Crédito deban llevar expresamente en sus nombres el detalle de que son controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Al igual que en el caso de la Ley de Cooperativas, el Reglamento en mención señala que todas las Cooperativas se rigen a los principios universales del cooperativismo, mencionados la inicio de este capítulo, y por tanto se dispone que todas las Cooperativas de Ahorro y Crédito así como el sector cooperativista, deben aplicarlos.

En lo que tiene que ver con el régimen económico de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, el Reglamento señala que el monto mínimo para la constitución debe ser el determinado por la Junta Bancaria, sin embargo establece también que en todo caso el capital de la Cooperativa, se encuentra representado por Certificados de

⁶⁹ Decreto Ejecutivo # 194, publicado en Registro Oficial Suplemento # 111 de 19 de Enero de 2010

Aportación nominativos y transferibles únicamente entre socios, además que los mismos representan el aporte patrimonial realizado por los socios hacia la sociedad, que pueden ser equivalentes al 5% del capital social de la cooperativa, por esa razón expresamente se prohíbe que las cooperativas puedan redimir su capital por el retiro de algún socio cuyo monto de aportación sea superior al 5% del capital de la sociedad, conforme al último cierre económico. Sin embargo para los montos inferiores se permite la devolución dentro de los treinta días posteriores a la aprobación de los estados financieros por parte de la Asamblea General.

Adicionalmente, se establece que las Cooperativas pueden repartir los excedentes siempre y cuando se apruebe por la Asamblea General, la misma que puede disponer la no distribución de dichos excedentes, así como también puede ser la Superintendencia de Bancos la que disponga dicha medida.

Así mismo es imperativo que las Cooperativas de Ahorro y Crédito siempre se sujeten a las normas de prudencia financiera que emita la Junta Bancaria y la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que en todo caso pueden ser especializadas dependiendo de la naturaleza de las Cooperativas. Además se dispone que siempre deba mantenerse una relación entre el patrimonio técnico y la suma ponderada de sus activos y contingentes. Todo esto se establece de la siguiente manera:

Art. 52.- Las cooperativas de ahorro y crédito en todo momento deberán mantener una relación entre su patrimonio técnico y la suma ponderada de sus activos y contingentes no inferior al 9% y sujetarse a las normas de solvencia y prudencia financiera establecidas en la Ley y en la normativa expedida por la Junta Bancaria, que en todo caso emitirá normas diferenciadas atendiendo la particular naturaleza de las cooperativas.⁷⁰

Sin embargo, lo más relevante de este reglamento es la definición de la actividad de intermediación financiera con el público, que realizan las Cooperativas de Ahorro y Crédito, que se lo establece de la siguiente manera:

Art. 4.- Para efectos de este Reglamento, se entiende que las cooperativas que realizan intermediación financiera con el público son aquellas que captan recursos en las cuentas de pasivo mediante cualquier instrumento jurídico, sea de sus socios o de terceros o de ambos, pudiendo recibir aportaciones en sus cuentas patrimoniales, con la finalidad de brindar servicios financieros permitidos por la Ley.⁷¹

⁷⁰ Decreto Ejecutivo # 194, publicado en Registro Oficial Suplemento # 111 de 19 de Enero de 2010

⁷¹ *Ibíd*em

Por otra parte se deja sentado que las Cooperativas de Ahorro y Crédito, para ser controladas por la Superintendencia de Bancos, es necesario que superen el monto de capital que la Junta General establezca y por tanto todas las que no lo superen se mantendrán bajo el control y fiscalización del Ministerio de Inclusión Económica y Social y se registrarán por la Ley de Cooperativas.

En lo que tiene que ver con la Administración de las Cooperativas de Ahorro y Crédito que hacen intermediación financiera con el público, se establece que serán administradas por sus propios socios, los que deben ser elegidos democráticamente procurando siempre una distribución proporcional y alternativa para el ejercicio de sus mandatos, tal como lo dispone el art. 6 del Reglamento en mención. Para esto, el Reglamento que rige la Constitución, Organización, Funcionamiento y Liquidación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito que realizan intermediación financiera con el público, recoge la misma organización que se ha establecido para todas las sociedades cooperativas, por la Ley de Cooperativas.

En tal virtud los entes de administración de una Cooperativa de Ahorro y Crédito son la Asamblea General de Socios, el Consejo de Administración y el Consejo de Vigilancia. La Asamblea General de Socios, por su naturaleza se instituye como el órgano de administración jerárquicamente superior a todos los demás niveles y por tanto todas sus decisiones y resoluciones son de carácter obligatorio y de inmediato cumplimiento

La Ley General de Instituciones Financieras, además establece que las Cooperativas de Ahorro y Crédito que se encuentran bajo su control, pueden realizar operaciones financieras, como:

- a) Recibir recursos del público en depósitos a la vista. Los depósitos a la vista son obligaciones bancarias, comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques u otros mecanismos de pago y registro; los de ahorro exigibles mediante la presentación de libretas de ahorro u otros mecanismos de pago y registro; y, cualquier otro exigible en un plazo menor a treinta días. Podrán constituirse bajo diversas modalidades y mecanismos libremente pactados entre el depositante y el depositario⁷²

⁷² Estas operaciones financieras, son a las que se refiere el art. 214 de la Ley General de Instituciones Financieras, para las cuales se exige que las Cooperativas cumplan con las disposiciones de la Junta Bancaria

Sin embargo para estas operaciones de crédito, será indispensable que las Cooperativas de Ahorro y Crédito cumplan las disposiciones que al respecto haya emitido la Junta Bancaria.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el control y fiscalización de estas sociedades Cooperativas de Ahorro y Crédito el Reglamento ratifica que dicho control lo realizará la Superintendencia de Bancos y Seguros, a través de un órgano exclusivo y especialmente creado para el efecto, que se encargarán adicionalmente del control de la prudencia financiera de dichas Cooperativas.

Es importante manifestar además, como punto final que la Junta Bancaria ha emitido normativa a fin de determinar cuáles son las Cooperativas de Ahorro y Crédito que deben pasar al control y fiscalización de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

En ese sentido la normativa dispone que las Cooperativas de Ahorro y Crédito que están bajo el control de la Dirección Nacional de Cooperativas deban pasar al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuando su capital social mínimo supere los diez millones de dólares. Así mismo se deja sentado que no pueden estar bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros las Cooperativas de Ahorro y Crédito institucionales:

Se exceptúan del control de la Superintendencia de Bancos y Seguros a las cooperativas institucionales, entendiéndose como tales a aquellas cuyos socios sean personas naturales, funcionarios o empleados, activos o jubilados, de una misma institución pública, privada o mixta, o de un mismo grupo empresarial o económico, que recibe ahorros y otorga préstamos a sus socios y su cobro se lo realiza a través de los roles de pago de la institución, esto es, quienes tengan una relación laboral de dependencia con un patrono común.⁷³

Adicionalmente se prevé la posibilidad que existan Cooperativas de Ahorro y Crédito que realicen intermediación financiera con el público sigan bajo el control de la Dirección Nacional de Cooperativas, en cuyo caso, se dispone que se establezca en los Estatutos de dichas Cooperativas una norma mediante la cual se deje expresado que tienen la limitación de realizar intermediación financiera con el público. Por esta razón se expresa también que las Cooperativas de Ahorro y Crédito que realicen intermediación financiera con el público, aunque no superen el capital mínimo de diez

⁷³ Resolución de la Junta Bancaria N° JB-2007-1030 de 22 de noviembre del 2007

millones de dólares se someterán al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

2.3. Intermediación Financiera

Como quedó dicho anteriormente, la diferencia entre las Cooperativas de Ahorro y Crédito controladas y regidas por la Dirección Nacional de Cooperativas y la Ley de Cooperativas, respectivamente; con las controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, y regidas por la Ley General de Instituciones Financieras; está dada por el hecho de realizar intermediación financiera con el público. Por esta razón es importante explicar este concepto y lo que implica esta actividad.

2.3.1 Actividad de Intermediación Financiera

Las empresas que se dedican a la actividad financiera, se denominan instituciones financieras, las mismas que pueden ser públicas o privadas. Requieren de un capital líquido prestable, que le puede pertenecer, que es ajeno o mixto.

Sus actividades deben ser previamente autorizadas por la autoridad competente, quien le otorgará un permiso, por tiempo ilimitado.

Debe contar con un capital ajeno aceptable, lo cual provendrá de la confianza que le brinde los depositantes, los mismos que voluntariamente ponen a disposición de la institución financiera su dinero. Este proceso se denomina bancarización del circulante, lo que consecuentemente reduce las transacciones con dinero efectivo.

Esta captación de dinero, debe ser con un costo muy básico, ya que lo que le importa a la Institución Financiera es que se cree la necesidad de colocar el dinero en dicha entidad, además le interesa, encontrarse más cerca de las transacciones que se hacen entre los particulares, así mismo requieren de que los depositantes sean quienes paguen por sus depósitos, montos que son determinados por la misma entidad financiera, para solventar los costos por el servicio.

Son entidades, que además tienen un manejo discrecional del capital captado, lo cual no puede quedar a entera discreción de la institución financiera, porque será la

autoridad la que imponga los límites mínimos, razón por la cual son las Instituciones Financieras las que regulan a su arbitrio la cuestión de selección de los clientes.⁷⁴

En cuanto a la intermediación financiera en específico, hay que señalar que esta actividad se la realiza mediante, la utilización de bienes en su gran mayoría del capital ajeno, que proviene del depósito. Dicho dinero es captando, con intervención, de una tasa de interés, para prestarlo a otras personas, con otra tasa de interés, lo que realmente constituye el negocio de la institución financiera. Sin embargo estas tasas de interés son determinadas por la autoridad competente.

En tal virtud se entiende como intermediarios financieros a aquellos organismos o instituciones que se encargan de captar recursos de capital para posteriormente transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica. Son entidades que forman parte de la actividad monetaria, que se encargan justamente de manejar la moneda de una economía monetarizada, que tienen como única función, el captar recursos para luego colocarlos en el mercado y es en ese ámbito que están en la condición de poder realizar operaciones de crédito dependiendo de la disponibilidad de dinero en su poder. Adicionalmente reciben depósitos que son utilizados junto con el capital y reservas de la entidad, con la finalidad de a corto plazo otorgar préstamos, mediante la utilización de contratos de mutuo o de descuento. El depósito es un contrato por el cual una persona le entrega un bien mueble a otra para que la segunda conserve dicho bien y luego la restituya al depositante, cuando éste lo requiera. De la misma manera se encargan de recoger los ahorros de la comunidad mediante un contrato de depósito, que se registran en una cuenta de ahorros, para lo cual se otorga un título probatorio, como lo es la libreta de ahorros. Estos recursos percibidos, son utilizados generalmente para inversiones o para prestarlos a otros depositantes ya sea a corto o largo plazo, dependiendo del préstamo y el titular del crédito.⁷⁵

Es por esa razón que la actividad de intermediación financiera es tan importante, puesto que se constituye en uno de los elementos constitutivos del mercado y por tanto marca el mayor o menor desarrollo de una sociedad. En tal virtud un ejercicio irresponsable de este tipo de actividad, causa tal conmoción social, que en

⁷⁴ L. PORCELLI, *Crisis. Liquidación y Quiebra de Bancos*, “Entidades Financieras Privadas. Mendoza: Funcionalidad e Historia de su Regulación” Ediciones Jurídicas Cuyo, E.Matorell director. 2001 p 355

⁷⁵ S. RODRIGUEZ AZUERO, *Contratos Bancarios*, 4ª ed. Bogotá: Biblioteca Felaban, 1990. p 267

el Ecuador al igual que en muchos lugares del mundo, ha tenido que establecerse delitos como el de peculado, a fin de prevenir a los operadores financieros a realizar actividades que menoscaben el prestigio que tiene una entidad financiera, que tiene el privilegio de realizar la intermediación financiera.

Esta idea es corroborada por MARÍA CRISTINA RICAURTE, al señalar que:

[L]a capacidad del dinero para integrar mercados y la mejora en la asignación de recursos que se obtienen a través de la intermediación, hacen que la política monetaria del sistema y regulación financieros sean las medidas de mayor impacto en la economía. La administración de los medios de pago y funcionamiento eficiente del sistema constituyen por lo tanto una preocupación permanente y fundamental para los encargados del diseño de la política económica, especialmente en tiempos de grandes transformaciones estructurales.⁷⁶

Cabe recalcar que en el caso de las Cooperativas, la actividad se la realiza entre sus socios, que por su naturaleza forman un fondo creado con el fin de cooperar, lo que permite a la sociedad poder conceder créditos, que en muchos de los casos, serán los mismos socios los beneficiarios de dichos préstamos.

Por otra parte, es indispensable resaltar que las actividades realizadas por las instituciones financieras que son:

Operaciones activas: otorgar crédito por medio de préstamos, descuento, anticipos, cartas de crédito, arrendamiento financiero o factoring, o realizar cualquier operación que coloque a la entidad como acreedora.

Operaciones pasivas: receptar depósitos, emitir obligaciones, efectuar redescuentos, obtener anticipos o realizar cualquier tipo de operación que coloque a la entidad en una situación de deudora

Operaciones neutras: invertir fondos propios en acciones u otro tipo de títulos, transferir fondos, comprar y vender divisas, intermediar en los cobros y en los cobros y demás encargos de confianza.⁷⁷

Sin duda la operación activa más importante para los operadores financieros, es la apertura del crédito, mediante el cual la entidad se obliga con su cliente a entregar mediante una compensación una cantidad determinada de dinero. Correlativamente el cliente asume la obligación de reembolsar el dinero a él otorgado y adicionalmente los demás gastos de dicha operación. Se trata de un contrato consensual.

⁷⁶ C. RICAURTE, *Crisis Financieras El Caso Ecuatoriano (1990 - 1996)*, Quito: Ediciones Abya Ayala, 1998, p.57

⁷⁷ M. ALFREDO, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas: Universidad Católica de Buenos Aires, 2006, p.640

De la misma manera la operación pasiva más importante es la del depósito, mediante la cual las personas confían su dinero a un depositario que puede hacer uso de este depósito, para otorgar otros préstamos, hacer inversiones o servirse de estos dineros. Estos depósitos pueden hacerse en un una cuenta corriente o libreta de ahorros, dependiendo de cada caso.

En ese caso, debe entenderse que una entidad que realiza esta actividad, debe considerarse una entidad financiera ya que se trata de personas jurídicas expresamente creadas para esa finalidad, tal como lo señala Luis Morán Valdivieso al manifestar que:

Es una entidad financiera, toda sociedad que está autorizada por la ley a captar o recibir usualmente dinero además fondos de las personas para poder darlos en préstamos, descontar documentos realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera hacer rentar estos dineros, y hacer cualquier operación que permita la ley.⁷⁸

Es así que las entidades que realizan este tipo de actividades, en su conjunto conforman lo que se ha dado llamar como Sector Financiero, tal como lo explica SANTIAGO RIVERO ALEMÁN, al decir que:

Debe entenderse que el sistema financiero se integra por instituciones que actúan como intermediarios entre el sector de la población económica que ahorra y las que requieren de ingresos de flujos de capital. Se distinguen como agentes bancarios y agentes financieros, que trabajan en los sectores de ahorro e inversión, crédito, bolsa y monetario.⁷⁹

El anterior criterio es importante tomarlo mucho en cuenta en este momento, ya que este argumento soportará la idea de que las Cooperativas de Ahorro y Crédito, sí son parte del Sistema Financiero Nacional Privado.

En tal virtud, la intermediación financiera, no es otra cosa que captar dinero, para colocarlo en el mercado y posteriormente prestarlo. Es así que, las operaciones que realizan las Cooperativas de Ahorro y Crédito, tal como lo establece la Ley de Cooperativas, son las antes mencionadas, ya que por su naturaleza dichas entidades requieren de captar recursos de sus socios a fin de que los mismos mantengan o creen un fondo que finalmente será sus ahorros y de la misma manera se beneficiarán

⁷⁸ L.MORÁN, *Legislación Bancaria*, Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1999, p.165

⁷⁹ S. RIVERO, *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Navarra: Aranzadi Editorial, 1995, p.237

mediante la concesión de créditos a su favor, que como quedó dicho serán para que los socios cumplan con sus objetivos personales.

CAPÍTULO III

EL PECULADO BANCARIO EN LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CREDITO

3.1 Generalidades

Como se señaló en el primer Capítulo, del presente documento, el delito de peculado es una figura de vieja data, con origen en el antiguo derecho romano. Sin embargo, como también quedó dicho, siempre se trató de un delito contra la administración pública, por parte de los funcionarios públicos, quienes son los llamados a precautelar los bienes públicos, así como los fines que los mismos deben desempeñar para cumplir los objetivos del Estado. Empero, en el Ecuador, dicha vieja figura del peculado, ha sufrido una transformación particular en su naturaleza, ya que se lo ha extendido y establecido como un tipo penal contra la actividad financiera y se lo ha denominado como peculado bancario.

Sin duda la existencia simultánea de los dos antedichos ilícitos ha causado varios problemas, por el mismo hecho de tener bases diferentes, con hechos y circunstancias que se quieren sancionar son diametralmente distintas, lo que va concatenado con el hecho de que los derechos y obligaciones que se exigen a un funcionario público y a un

funcionario del sistema financiero, son igualmente diferentes así como los efectos que generan su conducta. Por esta razón no es técnico, jurídicamente hablando, asimilarlas.

Dejado sentado dicho precepto, se debe manifestar que más allá de cualquier consideración técnica o doctrinaria, la normativa establecida por el art. 257 del Código Penal Ecuatoriano vigente sobre peculado bancario, establece que el mismo se encuentra en pleno rigor y por tanto su aplicación es posible y obligatoria en los casos pertinentes.

3.2. ¿Es procedente el delito de Peculado en las Cooperativas de Ahorro y Crédito?

El Peculado Bancario, como delito contra la actividad financiera ha sufrido varias reformas legales a partir de su incorporación en el año 1938 cuando se incluyeron como sujetos activos del delito a los empleados que manejaban fondos de los bancos hipotecarios y comerciales, hasta la actual redacción introducida en el año 1999 donde se estableció que son eventuales sujetos activos calificados los “funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado”⁸⁰. En tal sentido se abre frente a nuestros ojos la necesidad de determinar cuáles son dichas instituciones, a fin de poder precisar si los funcionarios de las Cooperativas de Ahorro y Crédito regidas por la Ley de Cooperativas y controladas por la Dirección Nacional de Cooperativas, pueden estar comprendidas para el tipo penal del peculado bancario.

Es así que deberemos remitirnos, como ya se lo hizo en el Capítulo I al primer artículo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la cual en la parte pertinente señala que forman parte integrante del sistema financiero nacional privado “las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público”⁸¹, lo cual es exactamente concordante con el art. 2 del Reglamento a la Ley antes mencionada, ya que su texto es prácticamente igual y no da mayor aportación o ampliación a lo señalado por la Ley.

⁸⁰ Art. 257 Código Penal del Ecuador

⁸¹ Art 1 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Siendo así, el texto de las normas predichas, son claras al excluir a las Cooperativas que aun siendo de ahorro y crédito, no realizan intermediación financiera con el público, por lo que no se tiene un sentido claro de este último concepto (intermediación financiera con el publico), por lo que debemos atender a lo prescrito en el art 212 de la Ley en mención, que señala que las actividades de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, para el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, debe ser establecida mediante un Decreto Ejecutivo.

El Decreto Ejecutivo en mención, fue previamente citado y en él se establece que:

Art. 4.- Para efectos de este Reglamento, se entiende que las cooperativas que realizan intermediación financiera con el público son aquellas que captan recursos en las cuentas de pasivo mediante cualquier instrumento jurídico, sea de sus socios o de terceros o de ambos, pudiendo recibir aportaciones en sus cuentas patrimoniales, con la finalidad de brindar servicios financieros permitidos por la Ley.⁸² (el subrayado es mío)

En tal virtud, y como también lo establece el Reglamento en mención, todas las Cooperativas de Ahorro y Crédito, que quedan excluidos de la norma, deben registrarse estrictamente a la Ley de Cooperativas.

La norma antes citada, claramente señala que son parte del sistema financiero nacional privado, las cooperativas que captan recursos en el pasivo de sus socios, terceros o de ambos, de lo cual se desprende que existen varios elementos a tomar en cuenta. En primera instancia deberemos entender que la captación que hacen estas cooperativas, son al pasivo de la institución, lo cual implica que dichos recursos no pertenezcan a la institución como tal sino a la del ahorrista, es decir, el dinero captado no puede ser considerado parte del patrimonio de la Institución, ya que como quedó dicho en el Capítulo II, los ahorristas depositan su dinero en la Institución en base a la confianza que les brinda la entidad y por lo tanto ponen a su disposición, para que las mismas hagan el uso que les permite la ley.

Por otro lado, la norma señala que dicha captación puede ser exclusivamente del socio, de terceros o de ambos, que para los efectos de la norma es el público, ya que son todos los posibles actores que depositarían sus recursos en la institución. Sin

⁸² Decreto Ejecutivo # 194, publicado en Registro Oficial Suplemento # 111 de 19 de Enero de 2010

embargo de la redacción de la norma se puede inferir, que la captación puede ser de los socios y terceros o exclusivamente de cada uno de ellos, con lo cual tenemos que entender que la captación de los depósitos que las Cooperativas de Ahorro y Crédito, hagan exclusivamente de sus socios, implicará que se trate de una intermediación financiera con el público, ya que lo que interesa es que los recursos captados entren al pasivo de la entidad.

Además se establece que dichas Cooperativas pueden recibir aportaciones a su patrimonio, con la finalidad de brindar servicios financieros permitidos por la ley, como lo es la concesión de créditos, en tal caso, por tratarse de aportaciones patrimoniales o al patrimonio, no es necesario que se abran cuentas en el pasivo de la institución para las captaciones, sino que el dinero entra directamente al patrimonio de la institución, lo que necesariamente implicará el nacimiento de obligaciones para todos los socios en los casos de la concesión de créditos.

En contrapartida de esto, es importante remitirse también a lo prescrito por la Ley de Cooperativas, respecto de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, a las cuales les dedica un solo artículo, que entre otras cosas señala que “las cooperativas de ahorro y crédito, son las que reciben ahorros y depósitos, hacen descuentos y préstamos a sus socios”⁸³, lo cual no provee mayor aportación a la actividad financiera como tal, que dichas entidades realizan, con lo que al existir normas específicas que determinan los ámbitos de acción en los que se debe desarrollar una actividad financiera, es imperativo recurrir a la misma para entender a que es lo que se refiere el art. 66 de la Ley de Cooperativas antes citado.

Dentro de este marco, también es importante recalcar que constitucionalmente, se ha reconocido como parte integrante de las instituciones financieras y del sistema financiero como tal a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, puesto como quedó dicho en el Capítulo II de este trabajo, dichas entidades, pertenecen al sector financiero popular y solidario, que aunque se establecen como entidades con un tratamiento diferenciado, se supone que son instituciones que realizan intermediación financiera con el público, que como quedó dicho anteriormente, pueden ser los socios, terceros o ambos. Además que al ser un actor importante de una actividad financiera como es el

⁸³ Art. 66 de la Ley de Cooperativas

recibir depósitos y conceder créditos, los convierte inmediatamente en un elemento constituyente del Sistema Financiero Nacional Privado.

3.2.1 Responsabilidad Penal de los Administradores

Con este antecedente normativo, es pertinente establecer la responsabilidad penal de los administradores de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, con lo que será importante remitirse al art. 143 de la Ley de Cooperativas, mediante el cual se establece la posibilidad de que los miembros de los Consejos de Administración, Consejo de Vigilancia, así como el Presidente, Gerente, administradores y demás empleados, sean responsables civil y penalmente por sus actos u omisiones, lo que nos deja la posibilidad abierta a que cualquier tipo penal les sea aplicable, con inclusión del delito tipificado en el art.257 del Código Penal, por supuesto con la pertinente determinación de la tipicidad.

Sin embargo antes de pasar, es importante manifestar que el art 143 de la Ley de Cooperativas, no siempre tuvo la redacción vigente, ya que la misma fue introducida en el año 2004 en Ley Reformatoria N° 2004-46, publicada en el Registro Oficial N° 478, de 9 de diciembre de 2004, que a su vez fue modificado por la fe de erratas, publicada en el Registro Oficial N° 493 de 30 de diciembre de 2004.

Antes de las reformas citadas, el texto de la norma de la Ley de Cooperativas, señalaba:

Art. 143.- Los miembros de los Consejos de Administración y de Vigilancia, el Gerente y los demás empleados que fueren autores, cómplices o encubridores de desfalcos, defraudación o disposición arbitraria de bienes o dineros de la cooperativa serán responsables por estas infracciones, y se los juzgará y sancionará de conformidad con lo previsto en la Ley respectiva para los defraudadores del Fisco.⁸⁴ (el subrayado es mío)

Es importante mencionar que a la vigencia de la norma antes citada, existía una confusión generalizada al pensar que el tipo penal al que se refería la norma era al de peculado, por lo que entre las motivaciones o consideraciones para la expedición de la Ley Reformatoria se estableció lo siguiente:

⁸⁴ Ley Reformatoria N° 2004-46, publicada en el Registro Oficial N° 478, de 9 de diciembre de 2004, que a su vez fue modificado por la fe de erratas, publicada en el Registro Oficial N° 493 de 30 de diciembre de 2004.

Que la codificación de la Ley de Cooperativas, publicada en el Registro Oficial N°400 de 29 de agosto de 2001, determina las normas legales que regulan el accionar de las cooperativas.

Que en múltiples ocasiones, las cooperativas se han convertido en víctimas de la abusiva y dolosa administración, entre otros de algunos interventores, administradores, liquidadores, en desmedro del patrimonio de los cooperados;

Que dentro del citado cuerpo legal no existen normas claras adecuadas que permitan sancionar, conforme a derecho, las irregularidades cometidas por los responsables del manejo al interior de las cooperativas⁸⁵.

Sin embargo de lo mencionado podemos ver que entre los considerandos no se hace ninguna mención a la figura penal del peculado o algo parecido, y más bien únicamente se establece un problema social vigente a esa fecha, razón por la cual se pasa a establecer de manera totalmente abierta una eventual responsabilidad civil o penal, que no se encuentra anclada a ningún tipo penal específico. En tal sentido, si la intención fue que no se confunda la responsabilidad penal, con la posibilidad de aplicar el tipo penal de peculado; habrá que decir que el cometido no se ha cumplido ya que la posibilidad para que se aplique el delito de peculado es perfectamente dable, más aún con la actual redacción en la que se establece una ley penal en blanco, lo que según lo establecido por la doctrina se explica de la siguiente manera:

[A]lgunas veces el legislador deja incompleta la ley: fija la sanción, pero el precepto queda parcial o totalmente indeterminado. En definitiva, la conducta típica no ha sido totalmente descrita sino que la ley se remite a otra norma jurídica para completar su determinación. A este tipo de leyes, el penalista alemán Binding las llamó leyes penales en blanco...⁸⁶

Además la doctrina ha señalado que en el caso de delitos financieros como lo es el peculado bancario, por lo general se da el caso de que las normas se establezcan “en blanco”, como lo explica TIEDEMAN al explicar lo que sucede con la legislación, en materia penal económica, lo cual manifiesta de la siguiente manera:

En el campo de la legislación, en lo que concierne a los tipos, generalmente se los regula con leyes penales en blanco abiertas o por lo menos parcialmente, es decir, se remiten a otras leyes que las completan. Esto presente una particularidad, ya que cuando se dan estos casos, el derecho complementario, no regula la conducta típica, sino que se deja esta tarea a las otras normas. Esta separación de normas, nos plantean un nuevo problema que es determinar si siempre las conductas penales y económicas son idénticas o parcialmente diferentes. Esta duda se da ya que la doctrina penal, supone que no pueden

⁸⁵ Ley Reformatoria N° 2004-46, publicada en el Registro Oficial N° 478, de 9 de diciembre de 2004

⁸⁶ E. ALBÁN, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 3ª ed. Quito: Ediciones Legales, Tercera Edición, 2000. p. 81

existir analogías, lo cual no se aplica de la misma manera para el caso del derecho económico.⁸⁷

Sin embargo, en ese propósito por evitar la interpretación extensiva, al establecerse disposiciones en blanco, como el caso de la Ley de Cooperativas, deja abierta la posibilidad de que se hagan estas interpretaciones, ya que el problema vendrá dado por la necesidad de determinar si las conductas penales son siempre las mismas, lo cual trae como consecuencia que se interprete a fin de determinar cómo se va a sancionar una conducta en particular.

En tal caso, la cuestión anti técnica está dada en la antigua redacción ya que la defraudación al fisco, por su naturaleza, tiene que ver con un delito netamente tributario, lo que no tiene vinculación alguna con aquellos actos que atentan contra el patrimonio de los socios de las Cooperativas. En tal virtud, debe quedar claro que no existe conflicto alguno entre la norma del art. 143 de la Ley de Cooperativas y el art. 257 del Código Penal.

Sin embargo, por qué podría aplicarse el delito de peculado bancario a los funcionarios y administradores de las Cooperativas de Ahorro y Crédito y no otro delito similar?. En este sentido, es importante regresar a lo mencionado en el Primer Capítulo, sobre el bien jurídicamente protegido en el caso del delito de peculado bancario, que como quedó dicho no es el daño patrimonial de que son víctimas los ahorristas de las entidades financieras, sino que es la protección a la confianza hacia el sistema financiero nacional, lo que los motiva a confiar sus dineros a dichas entidades, por el prestigio y seguridad que les brindan estas instituciones.

Para clarificar más el tema en mención, será pertinente definir, en términos jurídicos el concepto “confianza” que en palabras de la Enciclopedia Jurídica Omeba es: “la palabra confianza, en su primera acepción, equivale a esperanza firme que se tiene en una persona o cosa”. Así mismo la citada Enciclopedia citando a Cuello Calón señala que “confianza, tiene el significado de familiaridad en el trato; y en todas esas interpretaciones supone que la persona en quien se confía tiene mayores facilidades para cometer el delito”.

En este sentido, es importante regresar la mirada también a lo que ha señalado la Corte Nacional de Justicia, respecto del bien jurídicamente protegido por la

⁸⁷ K. TIEDEMANN, *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, EEUU: Editorial Grijley, 2007, p.179

tipificación del delito de peculado bancario. Es así que en varios fallos, la Corte Nacional de Justicia señala:

En anteriores pronunciamientos ya expresó esta Sala, que el bien jurídico protegido por el artículo 257 del Código Penal, más que la propiedad de los bienes para sancionar a quien los sustrae, es el prestigio de la Administración Pública, y por extensión, el prestigio de los bancos y demás instituciones del sistema financiero, para asegurar la confianza del público y el deber de lealtad del servidor encargado de la custodia de los fondos o del manejo de los mismos, en forma legal y lícita, sin abuso ni arbitrariedad.⁸⁸ (el subrayado es mío)

Sin embargo de lo anterior, es pertinente entender, por qué la confianza se erige como un valor muy importante para las entidades financieras. Y es que la confianza tiene su importancia respecto de las entidades financieras en razón, de que la carencia de la misma puede llevar en varias ocasiones a causar hasta la quiebra de la institución, ya que el dinero que debería entrar a las instituciones financieras, que además les permite sobrevivir, puesto que se trata de el objeto primordial y necesario para realizar su actividad, deja de ingresar causando irrevocablemente la quiebra y hasta la desaparición de la entidad porque el objeto del negocio desaparece. En tal virtud la pérdida de confianza en la entidad financiera, vendrá a causar gran alarma social, lo que unido al perjuicio patrimonial de los depositantes, reviste al delito de peculado bancario de un tinte muy grave y por tanto los autores del delito adquieren una característica mucho más maliciosa y en consecuencia su pena es mayor.

En nuestro país, la pérdida de confianza en el Sistema Financiero ha representado grandes conmociones sociales, por el consecuente desenlace en graves crisis financieras a lo largo de la historia ecuatoriana, como sucedió en la crisis de los años noventa con la debacle bancaria que MIÑO GRIJALVA lo narra de la siguiente manera:

La desconfianza y la falta de credibilidad en el sistema financiero fueron ganando terreno de acuerdo a la cantidad de instituciones financieras que ingresaban a la AGD (...) El sistema financiero se convirtió en el eje de la crisis; la quiebra del sistema financiero arrastró al Estado (...) Todos estos elementos convencieron a los agentes del mercado y al público ahorrista que el gobierno de Mahuad no podía contener la crisis financiera y que había que defenderse por intermedio de

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación N° 312, 24 de Noviembre del 2004, publicado en el Registro Oficial 468.

la compra de dólares o de la especulación financieras alimentada por la inestabilidad de los principales agentes macroeconómicos.⁸⁹

En ese sentido, es importante señalar, que el concepto de confianza respecto de las entidades en las cuales las personas depositan su dinero, indistintamente de que se traten de bancos, mutualistas, cooperativas de ahorro y crédito entre otras, está dada por el hecho que dichas entidades son las receptoras de sus dineros depositados para que sus administradores sean los custodios de dichos dineros, con el fin, de que eventualmente sean devueltos a sus dueños originales, que a pesar de formar, aparentemente, parte del patrimonio de la institución, deben ser restituidos. Este concepto en palabras de ROXANA PIÑA, se explica de la siguiente manera:

En razón de ello, al ingresar los bienes a las arcas de la institución se confunden con su patrimonio y se transforman en propios, desapareciendo toda obligación de administración, manejo o cuidado de bienes ajenos. Por lo tanto, la expectativa del depositante se limita a la restitución integral (pago) de una suma de dinero igual a la depositada (crédito)⁹⁰.

Por esta razón cuando se evidencia el cometimiento de un delito, como lo es el del peculado bancario, se genera una gran conmoción social, ya que por su naturaleza de delito financiero, la conducta descrita ocasiona un desequilibrio en el orden económico, más aún tratándose de entidades que captan recursos de un gran número de personas, tal como ocurre con las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Es así que algunos autores lo definen de diferentes maneras, por ejemplo RAFAEL MIRANDA GALINDO⁹¹, ha mencionado que este tipo de delitos son conductas punibles que implican un quiebre en el equilibrio que debería existir para un adecuado desarrollo económico, así mismo lo define como el delito que quebranta las normales relaciones económicas, ya sean privadas, públicas o mixtas, que están reguladas por un orden económico.

De la misma manera el profesor MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ⁹², señala que: “a mi juicio, el orden económico social puede ser entendido de dos formas. En un sentido

⁸⁹ W. MIÑO, *Breve Historia Bancaria del Ecuador*, Quito: Corporación Editora Nacional, 2008. p 264

⁹⁰ R. PIÑA, Problemática Penal. En: *Responsabilidad de los Bancos frente al Cliente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. p 455

⁹¹H. HERNANDEZ, *Los delitos Económicos en la Actividad Financiera*, Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2001. p 101

⁹² *Ibíd*em

estricto, orden económico social se entendería como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país”, es decir estos delitos, tendrían como fin el causar una grave afectación.

Así mismo GARCÍA – PABLOS DE MOLINA⁹³, sostiene que este tipo de delitos son aparentemente una operación mercantil o financiera muy común, como lo son cualquiera de los procedimientos en el mundo de los negocios. Por tanto no se trata de operaciones que suponen un repudio normal, pues presenta la apariencia de normal, ya que su ilicitud no se puede constatar directamente, sino únicamente después de hacer un confrontamiento con la norma.

Por esa razón los delitos económicos, tienden a proteger un mismo interés, lo que podemos evidenciar cuando vemos figuras penales externas, que protegen el mismo bien jurídicamente protegido del peculado bancario, es decir, la confianza, como lo es el caso del delito español de administración fraudulenta de la sociedad que se constituye como un delito que afecta la propiedad, es decir, a la relación jurídica entre la pertenencia de una determinada cosa respecto de una persona o grupo de personas, supone un detrimento del patrimonio ajeno, por una situación de evidenciarse un abuso de confianza.

La doctrina sostiene que la esencia de este delito español está en la lesión del deber de cuidar el patrimonio de otro, que para este caso, le corresponde al administrador, puesto que le han sido confiados los bienes de otro. Los bienes conferidos constituyen los bienes muebles, así como los intereses pecuniarios, es decir toda forma de provecho traducible en dinero efectivo a que el titular tiene derecho, conforme al cuidado de su patrimonio, que le corresponde al sujeto activo.

Cabe mencionar que estos bienes e intereses, deben cumplir con la característica de ser ajenos a la propiedad del sujeto activo. El sujeto activo de esta infracción, son las personas que tienen facultades de administración o dirección sobre los bienes ajenos, que generalmente son quienes integran los órganos de administración de las personas jurídicas. Este sujeto tiene estrecha vinculación con los bienes de la víctima, por un poder interno conferido por quienes conforman la sociedad afectada.

⁹³ *Ibídem*

Debe existir adicionalmente, un abuso por parte del sujeto activo, que se extralimita de su encargo patrimonial, ya que tiene como una de sus facultades el poder realizar negocios jurídicos en nombre de la persona que representa. Debe evidenciarse un perjuicio, o un detrimento en el patrimonio. Este daño puede ser efectivo o potencial, con lo que se verifico en última instancia el requisito de consumación.⁹⁴

Es así que podemos obtener la gran diferencia entre la administración desleal y los delitos de estafa comunes. Respecto de la estafa, ésta se encuentra en la existencia de un engaño en aquella conducta determinante de disposición y perjuicio; mientras que en el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, se evidencia claramente un abuso de la relación de confianza que tiene el administrador respecto de los miembros o socios de la sociedad.

Sin embargo la distinción es mucho más amplia, pues tal como lo ha dicho la doctrina las diferencias son abismales si nos ponemos a analizar los distintos bienes jurídicos protegidos, como lo es la propiedad respecto de la apropiación indebida, frente al patrimonio de la sociedad en el delito de administración desleal. Pero esto no quiere decir que el hecho de disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, deba equipararse con la apropiación indebida o que por el contrario sea el marco de disposición del caso de la estafa; si no más bien debe entenderse como la exigencia de la producción de un perjuicio en el patrimonio de la sociedad, por consecuencia de la disposición de los bienes de la sociedad, lo que evidencia la clara intención del legislador, por sancionar al administrador de la sociedad. Es decir en este tipo penal se muestra que en la disposición de los bienes que hace el administrador, debe tener como propósito un ánimo de lucro, ya sea esto en beneficio propio o de terceros, lo que consecuentemente traerá un perjuicio de la sociedad.

Es importante manifestar que este delito, para el derecho español, tiene su origen en el antiguo código penal alemán, siempre envuelto en un cumulo de objeciones y críticas por ciertos vacíos y generalidades que en el derecho penal no pueden ser aceptadas. Pues se requería de un delito que se colocara entre la responsabilidad civil y los delitos de estafa, que se producen en las sociedades mercantiles, que no siempre pueden configurarse como apropiación indebida y

⁹⁴ D. CARRERA, *Derecho Penal de los Negocios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p 163

falsedad documental. Es decir, en esta parte de Europa se carecía en un principio de un tipo que permitiera sancionar la producción dolosa de perjuicio de un patrimonio ajeno, cuya administración esta confiada a una persona, quien eventualmente será el autor de este delito⁹⁵.

Sin embargo, para apreciar de mejor manera este delito, es importante entender qué es para el derecho penal español, la sociedad sometida lo que GARCÍA DE ENTERRÍA citando al Código Penal español, las define como “toda Cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. Sin embargo debe entenderse que la anterior clasificación es simplemente ejemplificativa, ya que debe concebirse que pueda haber otro tipo de sociedades que por operar en el mercado deben incurrir en el mismo tipo penal, si es que se verificase una conducta común de los delitos societarios.

Así por ejemplo debe entenderse que dentro de esta lógica deberán incluirse a las “unidades económicas que carecen de naturaleza corporativa y de personalidad jurídica”, que a pesar de eso intervienen en tráfico comercial y que pueden generar relaciones similares a las sociedades genuinamente societarias, entre las cuales se puede ubicar a las sociedades de bienes, cuentas en participación o las uniones temporales entre empresas⁹⁶.

De la misma manera, también es pertinente establecer a qué tipo de administradores se refiere la norma española, de lo cual, habrá que señalar que existen dos tipos de administradores, los de hecho y los de derecho. Los administradores de derecho son aquellas personas que naturalmente son destinatarios de la dirección de una sociedad, por ser quienes se encargan de la gestión social y quienes además encajan perfectamente en los delitos societarios españoles.

A pesar de existir delitos que requieren de la intervención de estos administradores de derecho, el legislador no ha dejado de lado el caso de los llamados administradores de hecho, que enmarca a cualquier persona que se encargue de

⁹⁵ M. FERNANDEZ, *El Derecho Penal Español de fin de Siglo y Derecho Penal Latinoamericano*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999. p 420

⁹⁶ J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los Delitos Societarios Un enfoque mercantil*, Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 68

desempeñar trabajos inherentes al cargo de administración. Dichos administradores, son los que no cumplen con un nombramiento legalmente expedido, y que más bien presentan “una irregularidad de su situación jurídica”, entre los cuales se puede ubicar a los administradores con un nombramiento, defectuoso, no inscrito o caducado.

La diferencia entre administradores y directivos, radica en que mientras los primeros están ubicados u ordenados en una posición orgánica legal, los segundos son apoderados que reciben su encargo mediante un acto de representación negocial, es decir, pueden ser empleados sometidos a la decisión comunitaria de la Junta.

Los administradores, a pesar de ostentar un cargo bastante importante, son empleados de la sociedad, es decir tienen una relación laboral, mientras que los directivos ejercen su función por mandato. Sin embargo hay que entender que quien se encarga de dirigir una sociedad, puede ser cualquiera de los dos tipos de conductores, es decir pueden ser administradores o directivos de la sociedad y por tanto son susceptibles de ser sujetos activos de los delitos societarios.⁹⁷

En la legislación española, podemos considerar este delito como el equivalente del peculado bancario ecuatoriano, donde se sanciona a los administradores, ya sean de hecho o de derecho, de las sociedades que de manera abusiva disponen del patrimonio social en beneficio propio o de terceros, lo que causa un perjuicio grave a todos los socios de dichas sociedades.

El texto legal de la codificación española literalmente dispone:

Art. 295: Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.⁹⁸

En este caso según argumenta GARCÍA DE ENTERRÍA, se da cuando los administradores se sirven de prerrogativas inherentes a su posición para realizar

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ España. Código Penal Español Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995

operaciones abusivas, que son contrarias al interés social. Esta penalidad contiene un alto sentido patrimonial.

Hay que analizar que este tipo penal contiene una concurrencia de varios elementos, tanto subjetivos como objetivos, aunque resultan conductas comunes al ejercicio de administración de la sociedad, por lo que en ocasiones implican graves problemas, como es el caso de que se actúe de manera abusiva en beneficio propio o de terceros. Y aunque la disposición de bienes es un acto normalmente lícito, cuando es calificado con el elemento abusivo de disposición se configura plenamente el delito de disposición fraudulenta. Este es un caso típico de delito de resultado, donde la infracción penal no se vincula únicamente con los deberes legales del administrador sino que también con el patrimonio que manejan.

Es así, que en el derecho comparado también se prevé un ilícito similar al peculado bancario, con la diferencia técnica que no se trata de un delito, que históricamente perteneció aquellos contra la administración pública, sino que se establece como un delito societario, que apunta estrictamente al campo privado, sin embargo, el punto central está en la similitud de bienes jurídicos protegidos por ambos delitos, siendo el principal la confianza y el interés porque se mantenga un equilibrio económico. Y es que como podemos ver el interés de estas legislaciones es proteger el patrimonio ajeno, más aún si se trata de entidades que tienen como función, objeto o giro de negocio, el administrar los dineros de los depositantes más allá de si se trata del público en general o de socios, que como ya vimos según decreto ejecutivo son lo mismo.

Antes de finalizar es importante que también se tome en cuenta que los Estatutos de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, que ha aprobado la Dirección Nacional de Cooperativas, contienen cláusulas en las que se establecen que estas entidades tienen como función a fin de cumplir sus objetivos, el captar los ahorros, certificados de aportación y depósitos a plazo fijo de sus socios, así como, realizar otras operaciones financieras permitidas por la ley, además de tener la potestad de conceder préstamos a sus socios, con lo que es totalmente concluyente que dichas entidades lo que hacen es captar recursos en las cuentas del pasivo, mediante cualquier instrumento jurídico de sus socios y recibe aportaciones patrimoniales con la finalidad de conceder

créditos, lo que es plenamente concordante con el art. 2 del Reglamento que rige la Constitución, Organización y Funcionamiento de las Cooperativas, emitido por Decreto Ejecutivo del actual Presidente Correa y citado a lo largo de este documento, es decir, debe considerarse como una entidad financiera que hace intermediación con el público, lo cual no se opone a la Ley de Cooperativas que únicamente define la actividad de las Cooperativas de Ahorro y Crédito en mención, y que más bien coincide con la especificación de Ley General de Instituciones del Sistema Financiero sobre las Cooperativas, lo que unido a lo dispuesto por el art. 257 del Código Penal vigente nos da la pauta para entender que los Miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia, así como el Presidente, Gerente, administradores y demás empleados de las Cooperativas de Ahorro y Crédito regidas por la Dirección Nacional de Cooperativas y por la Ley de Cooperativas, son eventuales sujetos activos del delito de peculado bancario, por ser las entidades que administran, instituciones del Sistema Financiero Nacional Privado, además de que es necesario que se proteja los dineros que los socios de las Cooperativas de Ahorro y Crédito confían a dichas entidades por la confianza que éstas les brindan, así como el deber de fidelidad que los administradores les deben.

Finalmente, es pertinente señalar que las normas que se desprenden del Reglamento emitido por Decreto Ejecutivo, la Ley General de Instituciones Financieras, el Código Penal, la Ley de Cooperativas y la Constitución del Ecuador, citadas a lo largo de este trabajo, sirven para establecer los elementos del tipo penal de Peculado Bancario y determinar que los administradores de las Cooperativas de Ahorro y Crédito son susceptibles de ser culpados por el delito de peculado bancario, por tener la calidad de sujetos activos calificados, según los preceptos del Art. 257 del Código Penal, lo que quiere decir que debe cumplirse además con el requisito de tipicidad por parte dichas personas, es decir, que la conducta se adecue perfectamente al tipo, en lo que tiene que ver con la disposición abusiva en beneficio propio o de terceros, a fin de que se verifique con todos los presupuestos del tipo y la sanción por el mismo, sea posible.

CONCLUSIONES

Del análisis anterior, se pueden sacar algunas conclusiones que se presentan a continuación:

En el primer Capítulo de este trabajo se ha dejado sentado que el peculado es una figura penal que encuentra su origen en el antiguo derecho romano, que se lo concibió como un delito que servía para sancionar el robo del ganado, bienes que eran utilizados para los sacrilegios en honor a los dioses de la época, razón por la cual quienes incurrían en este ilícito eran sancionados gravemente, llegándose inclusive a establecerse penas de muerte y la infamación del peculador hasta después de su muerte

Además se explicó que esta vieja figura romana, evolucionaría con la llegada de la moneda tal como la concebimos hoy en día, por lo que el delito de peculado pasó a sancionar el *furtum* de los dineros del Estado. Sin embargo luego no solo se sancionaría el robo de los dineros, sino que se llegó a incluir a los bienes del Estado.

En la misma línea se ha hecho un análisis a fin de argumentar que el delito de peculado siempre fue concebido como un delito que protegía la fe que debía el funcionario público para con la Administración Pública, lo que también se tradujo en la legislación ecuatoriana desde su institución en el año 1837, donde se sancionaba a los

funcionarios públicos que dispusieran o distrajeran de manera abusiva los recursos del Estado a favor propio o de terceros.

El primer Capítulo continúa con la explicación de que al igual que en la historia más antigua, el delito de peculado en el Ecuador también sufrió una evolución normativa, que en primera instancia llegó a incluir como sujetos activos de este delito, a los funcionarios de los bancos públicos y privados; lo que con el pasar del tiempo y a consecuencia de las grandes crisis financieras sufridas por el Ecuador, llegó a sancionar a los funcionarios, empleados, administradores y servidores de las instituciones financieras del sistema financiero nacional privado, con lo que se estableció el vigente peculado bancario.

Finalmente el Capítulo culminará con la explicación de que el delito de peculado bancario, sanciona a los funcionarios de las entidades del sistema financiero nacional privado, sin embargo con el fin de entender este estamento, es importante remitirse a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la que dará una aproximación mucho más clara del ámbito y alcance de dichas instituciones entre las cuales se toma en cuenta a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

En el Segundo Capítulo se estableció una explicación sobre la naturaleza de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Créditos, que son personas jurídicas independientes que se encuentran conformadas por un grupo de socios que la han conformado con el fin de cumplir con ciertos objetivos sociales, que satisficieran necesidades personales y financieras de dichos socios, siempre ajustándose a los principios establecidos por los creadores de dicha figura.

Es así, que en dicho Capítulo se muestra que al igual que en el caso del peculado, las Cooperativas de Ahorro y Crédito, también se encuentran normadas por la legislación ecuatoriana, con la peculiaridad que dicha institución societaria se encuentra regida y controlada por dos entidades estatales de control, como lo son la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Dirección Nacional de Cooperativas; así como dos leyes diferentes como lo son la Ley General de Instituciones Financieras y la Ley de Cooperativas.

Es en este punto que se establece que la diferencia, para que una misma figura societaria se encuentre controlada y regida por dos instituciones y leyes diferentes está dada por la circunstancia de realizar actividad de intermediación financiera con el público. Actividad que no se encuentra explicada en ninguna de las dos leyes antes mencionadas, sino que se ha establecido por Decreto Ejecutivo, el mismo que además establece los procedimientos para la creación, disolución y liquidación de las Cooperativas que aparentemente deben estar regidas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Con este antecedente se introduce uno de los argumentos fuertes que servirán para corroborar la aplicabilidad del peculado bancario para el caso de las Cooperativas de Ahorro y Crédito ya que se demuestra que es el mentado Decreto el que ha explicado la actividad de intermediación financiera con el público, lo que se ha establecido como la captación de recursos en el pasivo de las sociedades, así como recibir aportes al patrimonio de la sociedad, por parte de los socios, terceros o de ambos, para el ejercicio de actividades financieras permitidas por la ley, con lo que se concluirá que en tal razón el concepto de “público” lo conforman también los socios de dichas sociedades, por lo que se configura plenamente uno de los elementos del tipo.

Unida a la idea anterior, en el Capítulo segundo también se explicará que en razón de que las Cooperativas de Ahorro y Crédito, al realizar actividades financieras, como es la concesión de créditos y la captación de ahorros, se constituyen en parte integrante del sistema financiero nacional privado, lo que además se corrobora al revisar la Constitución del Ecuador, la misma que nos señala que estas instituciones son parte del sistema financiero y se las considera como sociedades del sistema financiero popular y solidario. Este argumento, viene a tomar mayor fuerza en las atribuciones del Capítulo tercero donde se explica de manera más detallada el problema central del presente documento.

Finalmente en el Tercer capítulo se ha tomado en cuenta los argumentos introducidos en el capítulos precedentes y se ha explicado que las Cooperativas de Ahorro y Crédito en mención, sí realizan intermediación financiera con el público bajo los términos establecidos en el Decreto Ejecutivo ya que las mismas reciben de sus

socios aportes al patrimonio y conceden créditos, así como captan los ahorros de dichas personas. Es decir ajustan plenamente su actividad a la descrita por el Decreto Ejecutivo.

Además en este capítulo se explica el tercer argumento fuerte sobre el cual se sostiene nuestra hipótesis ya que hemos visto que el bien jurídico protegido por el delito de peculado bancario es la confianza que las entidades financieras le deben a sus clientes, valor jurídico que ha sido motivo de grandes conmociones sociales y crisis financieras en el Ecuador, cuando la misma ha sido transgredida, disminuida o afectada por las entidades financieras. Por tanto al ser también la confianza uno de los valores e intereses más importantes de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, que las mismas deben precautelar en pro de sus socios, se llega a la conclusión de que este valor debe ser protegido por el tipo penal contemplado para el efecto, es decir, por el delito de peculado bancario.

Con el fin de argumentar el tema de protección de la confianza en este capítulo se ha demostrado también que internacionalmente se ha establecido legislación tendiente a protegerla y que en términos de comparación equivalen a la figura del peculado bancario ya que se consideran los mismos elementos de dicho tipo penal, como es el caso del delito español de administración fraudulenta, en la que también se toman en cuenta a las sociedades Cooperativas y se establece como bien jurídico protegido, a la confianza, sancionándose al igual que en el caso ecuatoriano, a los administradores de dichas sociedades que abusivamente han dispuesto o distraído los recursos de la sociedad en beneficio propio o de terceros,

Con estos antecedentes se llega a la conclusión principal de que el delito de peculado bancario, sí es aplicable para los administradores, funcionarios y empleados de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, ya que las mismas sí son parte del Sistema Financiero Nacional Privado, porque se ha demostrado que las mismas sí realizan la actividad financiera al captar recursos de sus socios, lo que en términos del Decreto Ejecutivo expedido con el fin de explicar dicha actividad, conforman el ámbito al cual se dirige esta actividad, es decir, la intermediación financiera con el público. Socios a los cuales las Cooperativas de Ahorro y Crédito, por ser custodias del dinero, les deben garantizar confianza y fidelidad, valor que se constituye en el objeto jurídicamente

protegido por el delito de peculado bancario, por lo que su aplicabilidad es plenamente para los funcionarios de dichas sociedades Cooperativas, ya que los elementos del tipo, como son la calificación del sujeto activo, la pertenencia de dichas entidades al Sistema Financiero nacional Privado y la confianza como bien jurídicamente protegido, se configuran en este caso concreto en el caso de verificarse la tipicidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFREDO, M, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas: Universidad Católica de Buenos Aires, 2006,
- ALBÁN, E, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 3ª ed. Quito: Ediciones Legales, Tercera Edición, 2000.
- BARZALLO, P, Fundamentos históricos y teóricos del Sistema Cooperativo de Ahorro y Crédito [en línea], [publicado en Agosto de 2088]. Disponible en:<http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/funhistocooperativa.htm>.
- CALVACHI CRUZ, R, El Peculado Bancario, *Iuris Dictio*, (2): p 98, 2000.
- CIURANA FERNANDEZ, J, *Las Cooperativas en la Práctica*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.
- CARRERA, D, *Derecho Penal de los Negocios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- CREUS, C, *Derecho penal Parte Especial*, 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995
- CERVINI .R Y ADRIASOLA .G, *.El Derecho penal de la Empresa*, Montevideo: Editorial B de F, 2005
- DONNA, E, *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008
- FERNANDEZ, M, *El Derecho Penal Español de fin de Siglo y Derecho Penal Latinoamericano*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999.
- FONTAN BALESTRA, C, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, 14ª ed. Buenos Aires: Alfredo-Perrot, 1999
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J, *Los Delitos Societarios Un enfoque mercantil*, Editorial Civitas, Madrid 1996
- HERNANDEZ, H. *Los delitos Económicos en la Actividad Financiera*, Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2001.
- JACOME,H, *Microfinanzas en la economía ecuatoriana: una alternativa para el desarrollo*. Ecuador: FLACSO- Fondo de Solidaridad, 2004.
- LOPEZ BETANCURT, E, *Delitos en Particular*, México: Editorial Porrúa 1998.
- LÓPEZ PEÑALOZA, A., *Sentencias Penales Frecuentes*, Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2005.

- MAGGIORE, G. *Derecho Penal*, Vol. III Parte Especial, Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- MANZINI, V, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Torinese 1961.
- MEDINA, L. *Leyes penales de España*, 10ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1947
- MIÑO, W, *Breve Historia Bancaria del Ecuador*, Quito: Corporación Editora Nacional, 2008.
- MORALES CASAS, F. *Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios*, 2ª ed., Madrid: Jurídica Radar Ediciones, 2003
- MORÁN, L. *Legislación Bancaria*, Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1999
- PORCELLI, L, *Crisis. Liquidación y Quiebra de Bancos*, “Entidades Financieras Privadas. Mendoza: Funcionalidad e Historia de su Regulación” Ediciones Jurídicas Cuyo, E.Matorell director. 2001
- PIÑA, R, Problemática Penal. *En: Responsabilidad de los Bancos frente al Cliente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- RICAURTE, C. *Crisis Financieras El Caso Ecuatoriano (1990 - 1996)*, Quito: Ediciones Abya Ayala, 1998
- RIVERO, S. *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Navarra: Aranzadi Editorial, 1995.
- RODRIGUEZ AZUERO, S. *Contratos Bancarios*, 4ª ed. Bogotá: Biblioteca Felaban, 1990.
- ROSEMBUJ, T. *La empresa Cooperativa*, 2ª ed. Barcelona: Biblioteca de Cooperativismo, 1985.
- ROY, P. *Cooperativas Hoy y Mañana*, Buenos Aires: Albatros S.R.L, 1969, p. 341
- TIEDEMANN, K. *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, EEUU: Editorial Grijley, 2007.
- VÁSQUEZ, G. *Cooperativismo Según los programas oficiales de Enseñanza*, 6ª ed. Quito: Impresión, 1985

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie 17, de 17 de Octubre de 2001, publicada en la Gaceta Judicial N° 7.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 17, de 23 de Mayo de 2000, publicada en la Gaceta Judicial N° 3.
- Corte Nacional de Justicia (Ecuador), Resolución expedida el 24 de Febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial N° 154 de 19 de Marzo de 2010.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie XV, publicada en la Gaceta Judicial N° 3 p.p. 805, 806, 807.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 16, de 22 de Octubre de 1993, publicada en la Gaceta Judicial N°1.
- Corte Suprema de Justicia, Resolución de Casación Expediente N° 223, de 22 de Julio de 2004, publicada en el Registro Oficial N° 383.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N° 17, de 5 de julio de 2004, Caso Banco de Préstamos, publicada en la Gaceta Judicial N° 14.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Resolución de Casación Serie N°14, de 11 de Enero de 1984, Caso Banco La Previsora, publicada en la Gaceta Judicial N°5.

NORMAS CITADAS

- Decreto Ejecutivo # 194, publicado en Registro Oficial Suplemento # 111 de 19 de Enero de 2010
- Código Penal Ecuador, vigente, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 147 de 22 de Enero de 1971
- Codificación de la *Ley de Cooperativas*, publicada en el Registro Oficial 400 de 29 de Agosto 2001. Norma vigente
- *Ley Generales de Instituciones del Sistema Financiero*, publicada en el Registro Oficial N° 250 de 23 de Enero de 2001. Norma Vigente
- Resolución de la Junta Bancaria N° JB-2007-1030 de 22 de noviembre del 2007
- Ley Reformatoria N° 2004-46, publicada en el Registro Oficial N° 478, de 9 de diciembre de 2004, que a su vez fue modificado por la fe de erratas, publicada en el Registro Oficial N° 493 de 30 de diciembre de 2004.
- Reforma del Art. 236 del Código Penal de 1938 publicada en el Registro Oficial N° 348, de 23 de octubre de 1941.
- Decreto Ejecutivo No. 336, publicado en Registro Oficial 125 de 21 de Julio del 2000