



Informe de Investigación

Título: RESOLUCIÓN 870-2009 DE LA SALA TERCERA

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Derecho Penal Especial
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Estafa, Recurso de Casación
Fuentes: Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 08/2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Jurisprudencia.....	1

1 Resumen

El presente informe incorpora en su totalidad la resolución de la Sala Tercera 870 del 29 de julio del dos mil nueve

2 Jurisprudencia

a) Resolución No. 870

[SALA TERCERA]¹

Expediente: 04-005374-0647-PE

Resolución : 2009-00870

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y veinte minutos del nueve de julio del dos mil nueve.

Recurso de casación, interpuesto en la presente causa seguida contra Carlos Alberto Alvarado Moya, costarricense, cédula de identidad 1-483-503, mayor de edad, casado y separado de hecho,

nacido el 14 de febrero de 1958 por los delitos de Estafa Mayor Agravada en perjuicio de NIGHT GLOW S. A. ; Administración Fraudulenta y Uso de Información Privilegiada en perjuicio de BANCO ELCA S.A. ; Suministro De Información Bancaria Falsa , Intermediación Financiera Ilegal Y Autorización de Actos Indebidos en perjuicio del SISTEMA BANCARIO NACIONAL ; contra Javier Antonio Filloy Esna, costarricense, cédula de identidad 1-478-176, mayor de edad, casado, nacido el 12 de marzo de 1957 en San José, empresario bancario, hijo de Manuel Antonio Filloy Álvarez y de María de los Ángeles Esna Meneses, divorciado, desempleado, por el delito de Administración Fraudulenta en perjuicio de BANCO ELCA S.A. y contra Eliécer Alvarado Arias por los delitos de Complicidad en Administración Fraudulenta y Uso de Información Privilegiada en perjuicio de BANCO ELCA S.A. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Magda Pereira Villalobos y María Elena Gómez Cortés, esta última en condición de Magistrada Suplente. También intervienen en esta instancia, los licenciados Juan Carlos Sbravatt i Montoya, Gonzalo Elizondo Freddy, Elizabeth Montero Mena, Odilia Arrieta, en sus condiciones de defensores de los imputados. Como querellante y actor civil figura Night Glow S.A. representada por José Ricardo Rojas Rodríguez y los abogados Luis Lechtman Meltzer y Gustavo Adolfo Corella. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.- Mediante sentencia N° 165-2008 , dictada a las catorce horas, del treinta de abril del dos mil ocho, el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo establecido en los artículos 24, 39 y 41 de la Constitución Política; Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante); Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares; artículo 26 de la Ley sobre registro, secuestro, examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones; artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; artículos 66 y 67 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior; artículos 4, 12, 41, 47 y 66 de la Ley Orgánica del Servicio Consular; numerales 14, 32 párrafo final y 34 inciso k de la Ley Orgánica del Notariado; numerales 1, 18 a 23, 30, 31, 45, 47, 50, 51, 71 a 77, 103, 106, 109, 216, 222, 239, 240, 241, 245 del Código Penal; artículos 115 a 117, 120, 141-142, 147, 156-157 inciso b, 159 y 175 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica; reglas vigentes del Código Penal de 1941 sobre responsabilidad civil según ley N° 4981; artículos 1, 9, 30 inciso a), 31, 175 a 179, 182, 184, 209, 238 a 243, 253-254, 257-258, 265 a 270, 311 inciso d), 324 a 372 y 376 a 379 del Código Procesal Penal; artículos 20 a 22, 868, 871, 1045 y 1163 del Código Civil; numerales 2 y 35 de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472; artículos 419, 497, 529, 670, 984 del Código de Comercio; artículos 17, 40, 41 y 44 del decreto sobre honorarios de abogado N° 20307-J y transitorio I del arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado N° 32493-J, por unanimidad en todos los extremos decisorios:

(i) Se rechaza el reproche formulado por la defensa de Carlos Alvarado referido a la falta de requisitos formales de la querrela y la falta de legitimación activa del querellante;

(ii) Se rechaza la actividad procesal defectuosa planteada por la defensa de Carlos Alvarado contra la legitimidad de la prueba contenida en el legajo N° 91;



(iii) Se acoge el alegato de la defensa de Javier Filloy referente a la ilegitimidad de los documentos de folios 15846 a 15909 del tomo XXVI principal referentes a estados de cuenta de Inversiones 3000 S.A. y Grupo Prisma Asem S.A. aportados por la defensa de Carlos Alvarado y, por ende, se suprimen dichos documentos y todo lo de ellos derivado (vgr. referencias de testigos);

(iv) Se dicta SOBRESIMIENTO DEFINITIVO POR EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL por muerte, a favor de ELIÉCER ALVARADO ARIAS por los delitos de COMPLICIDAD EN ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE y USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA que, en perjuicio de BANCO ELCA S.A. se le han venido atribuyendo, resolviéndose sin especial condena en ambas costas del proceso;

(v) En virtud del principio in dubio pro reo se ABSUELVE de toda pena y responsabilidad a JAVIER FILLOY ESNA por el delito de ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE que, en perjuicio de BANCO ELCA S.A. se le ha venido atribuyendo, resolviéndose sin especial condena en costas procesales y personales de la acusación fiscal.

(vi) Se declara a CARLOS ALVARADO MOYA AUTOR RESPONSABLE de los delitos de ESTAFA MAYOR AGRAVADA en perjuicio de NIGHT GLOW S.A. representada por Maynard Garber (cc. Robert Fox o Chuck Garber) y José Ricardo Rojas Rodríguez; ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE DE MAYOR CUANTÍA y USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA ambos en perjuicio de BANCO ELCA S.A. y del delito de SUMINISTRO DE INFORMACIÓN BANCARIA FALSA en perjuicio del SISTEMA BANCARIO NACIONAL todos en concurso material y, en dicha condición, se le imponen las siguientes penas: por el primer delito OCHO AÑOS DE PRISIÓN ; por el segundo delito OCHO AÑOS DE PRISIÓN ; por el tercer delito TRES AÑOS DE PRISIÓN y por el cuarto delito CUATRO AÑOS DE PRISIÓN , para un total de VEINTITRÉS AÑOS DE PRISIÓN que deberá descontar efectivamente en el centro penitenciario respectivo, conforme lo determine la normativa entonces vigente y previo abono de la prisión preventiva que hubiere cumplido;

(vii) Se declaran sin lugar las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, falta de causa, litis pendencia, litis consorcio pasivo necesario incompleto y la genérica sine actione agit y parcialmente con lugar la de falta de derecho, todas interpuestas por la Junta Liquidadora de la Quiebra del Banco Elca y por la defensa civil de Carlos Alvarado contra la demanda civil resarcitoria establecida en su contra por Night Glow S.A.;

(viii) Se declara PARCIALMENTE CON LUGAR la demanda civil resarcitoria establecida por NIGHT GLOW S.A. contra CARLOS ALVARADO MOYA y la QUIEBRA DEL BANCO ELCA a quienes se obliga a pagar, solidariamente y a favor del primero, los siguientes rubros y montos: a)- por daño material la suma de tres millones de dólares de Estados Unidos de Norteamérica ; b)- por lucro cesante consistente en los intereses al tipo legal civil (certificados de depósito en dólares a seis meses plazo del Banco Nacional) sobre la citada suma desde el diecisiete de setiembre de dos mil tres hasta el cinco de julio de dos mil cinco y desde el nueve de noviembre de dos mil cinco al veintidós de abril de dos mil ocho equivalentes a quinientos setenta y nueve mil doscientos catorce dólares de Estados Unidos de Norteamérica con cincuenta y tres centavos , para un total de tres millones quinientos setenta y nueve mil doscientos catorce dólares de Estados Unidos de Norteamérica con cincuenta y tres centavos, suma a la que deben restarse los doscientos cincuenta mil dólares pagados por conciliaciones de otros coimputados por estos mismos hechos,



quedando un monto al descubierto y pendiente de pago de tres millones trescientos veintinueve mil doscientos catorce dólares de Estados Unidos de Norteamérica con cincuenta y tres centavos, que es el monto sobre el que se calcularán las costas; c)- las costas procesales y personales de la demanda civil resarcitoria, cuyos honorarios profesionales se liquidan en la suma de noventa y ocho millones doscientos noventa y seis mil seiscientos cincuenta colones con diecisiete céntimos.

(ix) Se declara sin lugar la excepción de prescripción de intereses planteada por la Junta Liquidadora de la Quiebra del Banco Elca S.A. y por la defensa civil de Carlos Alvarado.

(x) Son las costas procesales y personales de la querrela y del proceso penal a cargo del encartado condenado en lo que a él concierne, fijándose los honorarios profesionales de la querrela en la suma de treinta mil colones.

(xi) Se dejan sin efecto a partir de este momento las medidas cautelares decretadas contra Javier Filloy Esna y, por ende, se ordena comunicar inmediatamente a la Dirección General de Migración y Extranjería el levantamiento del impedimento de salida del país; se devolverá su pasaporte personalmente a don Javier Filloy y se deberá cancelar la hipoteca que pesa sobre el inmueble del Partido de San José, matrícula 195.387-000.

(xii) Se REVOCAN las medidas cautelares decretadas contra el acusado CARLOS ALVARADO MOYA y, por existir peligro de fuga ante la alta penalidad impuesta y por el poder económico y contactos internacionales con que cuenta el encartado lo que queda evidenciado en la cantidad de cuentas bancarias y sociedades anónimas que se ha tenido por acreditado que ha manejado como accionista único sin aparecer directamente como representante de ellas, todo lo cual le facilitaría contar con recursos para salir del país de forma ilegal y mantenerse fuera a fin de no afrontar las consecuencias de sus actos aquí establecidas y señaladas con una pena de prisión alta, se dicta PRISIÓN PREVENTIVA por el plazo de OCHO MESES a correr desde esta fecha y hasta el TREINTA DE DICIEMBRE DE DOS MIL OCHO o, en su defecto, desde que se ejecute la captura. Por ende, una vez detenido el imputado se levantará el impedimento de salida del país que pesa en su contra mediante comunicado que se hará a la Dirección General de Migración y Extranjería, se le entregará a la persona por él autorizada mediante documento autenticado su pasaporte, se devolverá a la fiadora el dinero depositado y se levantará la hipoteca que pesa sobre la finca del Partido de San José, matrícula 209.953-000 a nombre de Cerros de Carrillo S.A..

(xiii) Una vez firme esta sentencia se entregarán los tres certificados de inversión en el Elca International Bank and Trust y sus cupones de intereses respectivos (Nº 100-1008-02 y cupones 100-1008-02-1, 100-1008-02-2, 100-1008-02-3; Nº 100-1009-02 y cupones 100-1009-02-1, 100-1009-02-2, 100-1009-02-3 y 100-1009-02-4 y Nº 100-1010-02 y cupones 100-1010-02-1, 100-1010-02-2, 100-1010-02-3, 100-1010-02-4 y 100-1010-02-5) al representante legal de Night Glow S.A. haciendo la expresa advertencia en el dorso de cada uno de los citados documentos que la obligación allí representada ha sido declarada con cargo a los patrimonios solidarios de la Quiebra del Banco Elca S.A. y Carlos Alvarado Moya a través de esta sentencia.

(xiv) Una vez firme esta sentencia se emitirán las comunicaciones de rigor para ante el Registro Judicial, el Juzgado de Ejecución de la Pena y el Instituto Nacional de Criminología y se efectuará



el auto de liquidación de pena. Mediante lectura NOTIFÍQUESE . Ileana Méndez Sandí, Edwin Salinas Durán, Rosaura Chinchilla Calderón. ” (sic).

2.- Contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Gonzalo Elizondo Breddy, en su condición de codefensor del encartado Carlos Alberto Alvarado Moya, interpuso recurso de casación. El licenciado Juan Carlos Sabravatti Montoya, en su condición de defensor del encartado Carlos Alberto Alvarado Moya, interpuso recurso de casación . El imputado Carlos Alberto Alvarado Moya, interpuso recurso de casación. Los licenciados Manuel Eduardo Campos García y Leonardo Antonio Madrigal Moraga, en su condición de apoderados especiales judiciales de la demandada Civil Quiebra del Banco Elca S.a, interpusieron recursos de casación.

3- Se celebró audiencia oral y pública a las ocho horas cuarenta minutos del veinte de enero de dos mil nueve.

3.- Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes; y,

Considerando:

I.- El defensor de Carlos Alvarado Moya interpuso casación contra la sentencia # 165, dictada por el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 14 horas del 30 de abril del 2008, en la que ese encausado fue declarado autor responsable de un delito de estafa mayor agravada, uno de administración fraudulenta y uso de información privilegiada, en perjuicio del Banco Elca, sociedad anónima; y un suministro de información bancaria falsa, intermediación financiera ilegal y autorización de actos indebidos, en daño del sistema bancario nacional. En razón de ello, le fue impuesto un total de veintitrés años de prisión. En el primer motivo del recurso, el defensor alega la falta de autenticidad de una prueba esencial, que fue una carta dirigida al señor Arnoldo André Tinoco, suscrita por la Jefa del Departamento de Finanzas del Sector de Supervisión del Banco de Belice, señora Neri Matus. Dicho documento, dice el quejoso, no se presentó al Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país, sino a su embajada en Guatemala. Allí, lo que se hizo fue certificar que era copia fiel de su original, pero no constatar qué cargo ostenta la suscriptora ni que la firma que aparece sea la de ella. El reclamo continúa exponiendo que debió haberse dado una “ cadena de autenticaciones ” y sobre comprobar el valor de esos documentos. En vista de que ese documento fue empleado para tener por demostrado que la licencia irrestricta clase A como offshore fue otorgada a Elca International Bank and Trust Limited, se violentó el artículo 182 del Código Procesal Penal y el 39 de la Constitución Política. En conclusión, señala, “la prueba idónea para demostrar que el dinero pueda haber sido desviado es la certificación de que esos fondos no se depositaron en el EITB-Belize, y esa prueba no fue recolectada en la investigación. Los bancos tienen muchos caminos, y muchas cuentas operativas para hacer circular transferencias monetarias de un lugar a otro” . No es atendible el reclamo . Debe establecerse desde el inicio que, no por el hecho de que un documento incumpla con todos los trámites consulares, pierde todo valor. Aun así, no deja de ser un documento que, sin ser una certificación, aporta un elemento de valoración. Sin embargo, ese es un tema que no tiene mayor relevancia en este caso. Desde ahora debe quedar claro que prescindir de una prueba implica que el hecho o los hechos que se tuvieron



por demostrados tomándola en cuenta, deban tenerse por no acreditados, pues si suprimiéndola hipotéticamente, hay otros factores de convicción que sostengan tales conclusiones, el asunto carecerá de interés procesal. Esto debe advertirse porque será insistente, como se verá a lo largo de esta sentencia, el alegato de que, por no ser lícita o concluyente una probanza, o bien por no cumplir ciertas formalidades ajenas al derecho penal o a los sucesos aquí investigados, debe tenerse por no acreditados ciertos hechos. Volviendo al motivo en cuestión, debe decirse que, como lo reconoce el propio defensor, ese pretendido vicio no fue oportunamente reprochado por los interesados. No obstante, debe reiterarse, el tema no tiene mayor interés, dado que, con esa prueba o sin ella, lo cierto es que hay abundantes elementos para tener por cierto que la división offshore del Banco Elca no tenía permiso para operar en la República de Belice cuando Alvarado Moya empezó a ofrecerla como un destino de atractivas inversiones (pagaba mayor interés que en Costa Rica), motivo por el que el señor Maynard Garber decidió invertir allí tres millones de dólares estadounidenses (en adelante simplemente “ dólares ”), los cuales le fueron entregados al acusado y nunca llegaron a su destino ni le fueron restituidos. Tanto es así, que, para elucidar de forma categórica las dudas que hace surgir el defensor acerca de la disponibilidad de prueba pertinente, conviene transcribir in extenso la exposición que al respecto hizo el a quo. “Asimismo, Jorge Luis Zamora Varela dijo contundentemente que el Banco Elca no tenía una offshore aunque desde que él ingresó al banco, en el 2000, escuchaba que se realizaban gestiones para crearlo en Belice, lo que le correspondía a Javier Filloy, agregando ‘...eso era un tema tabú en el banco, no era conveniente hablar de eso en el banco. Javier le decía a los ejecutivos del banco que no mencionaran que tenían offshore, el medio financiero nacional tenía opciones de bancos que sí tenían y nosotros no, lo que nos quitaba competencia, no era permitido decir que la estábamos haciendo . Don Javier a veces me solicita personal y a veces sin mi permiso se lo llevaba para ir a Belice. Elca International Bank era como se iba a llamar el offshore. De un momento a otro el gerente financiero del banco me dijo, no sé si cuatro o siete millones de dólares, que estaban en el banco, en certificados, los cancelaron, eso me dijo Roberto Soley o Walter Espinoza y se llevaron la plata para Belice y eso ocasionaba problemas porque se bajaba la cartera de captación (...) Nunca vi certificado de inversión del Elca International Bank, físicamente (...) Bolívar Solano era el gerente a.i. de negocios, me llamó que había llegado Javier Filloy, que le dijo que firmara un certificado de inversión de Elca International Bank, me contó y le dije que cómo se le ocurría firmar eso si no trabajaba para ese banco, no vi físicamente el documento pero él me dijo y quedó muy preocupado. Nunca supe que el banco fuera autorizado para realizar operaciones, creo que nunca fue autorizado.’ versión que contó con el respaldo de Martín Bolívar Solano quien agregó ‘Yo sé que en Belice se estaba haciendo una sucursal offshore, el Elca International Bank, pero entiendo que no funcionaba, de eso me enteré por un señor Javier Penón que tuvo problemas con un certificado de ese banco y que yo había firmado a pedido de don Hernán, él fue hasta Belice y no lo pudo cambiar, me dijo que ese banco no existía (...) don Javier Penón llegó a buscarme al Banco Cuscatlán, cuando firmé el certificado don Javier (Filloy) me dijo que el banco offshore era un clon de Elca Costa Rica, que los autorizados aquí íbamos a firmar igual allá, que él me buscaba a mi porque no estaba don Hernán ni don Carlos (...) yo era el asistente de don Hernán pero él no tenía relación con la offshore, era don Javier el que maneja todo lo relativo a la offshore, no conocí personal de la offshore, no sé si firmé otro documento, ese sí lo tengo claro porque el señor llegó a buscarme y lo vi, no sé dónde estaba emitido el documento (...) cuando yo firmé los certificados del señor Penón era normal firmar diversos documentos, uno era de confianza, no era tan común firmar certificados de inversión..’. Esta declaración es creíble aunque se niegue que Hernán González tuviera relación con el banco offshore de Belice, aspecto que contrasta, en parte, con lo que el mismo González Peña indicara y con los documentos firmados, a nombre del Elca International Bank and Trust Limited, por Filloy y González para pagarle a Correa (folios 6884 del tomo XV principal y 7367 a 7371 del tomo XVI principal que son, a su vez, copias certificadas de los legajos de prueba 21 y 25, respectivamente, documentación secuestrada en la casa de Javier Filloy) más este extremo carece de relevancia para lo que aquí se conoce. Indicó al respecto don

Hernán González, gerente general del Banco Elca S.A. 'Jorge Zamora, subgerente y yo, en privado, le dijimos a don Carlos nuestras preocupaciones (...) no nos gustaba prestar la plataforma del banco (...) le dijimos que en materia de la inversión de Belice ni don Jorge Zamora ni ninguno de los funcionarios de administración teníamos injerencia en el banco de Belice (...) se hizo un llamado de atención que el banco de Belice no era lo mismo de Elca a pesar de que Javier Filloy le había repetido que no podía operar y que don Carlos lo ofrecía (...a) Don Javier Filloy (...) se le encomendó la apertura de una licencia bancaria en Belice, era el único banco sin un banco offshore. Se tomó la decisión de constituirlo, pero no formaba parte de la Corporación a pesar de que los socios, personas físicas, eran bastante comunes (...) A la administración no nos gustaba que se manejaran temas del offshore en Elca si no tenían relación y por eso se pasó la oficina de Filloy a una oficina en La Sabana. El banco offshore fue constituido y obtuvo su licencia de operación como en el 2002 pero para captar la obtuvo en fecha posterior a que se hicieron las captaciones (...) A pesar de que no podía captar dineros y de las advertencias mías y de Javier Filloy, se ofreció no sólo a Garber sino a otras personas la posibilidad de llevar a cabo estas inversiones y eso lo hacía directamente don Carlos Alvarado porque yo no permitía que se confundieran las cosas y Jorge Zamora se ponía enojado cuando en una reunión en el banco se le ofrecía a un cliente eso. Javier era muy reservado en materia de Belice y que yo sepa no hizo ofertas ni las hice yo ni ningún funcionario del banco (...) Se hacían ofertas para inversiones en el banco de Belice en las instalaciones de Elca pero no eran ofrecidas por la corporación, la administración no estaba de acuerdo pero no podíamos cerrarle la boca a don Carlos, la persona que ofrecía eso era don Carlos, él atendía clientes muy importantes y se encargaba de atender clientes de cierta magnitud. (...) me consta que se utilizaron las instalaciones para ofrecer el banco internacional, oí a don Carlos hacer las ofertas y a don Javier regañar a don Carlos porque se confundía al inversionista porque se le ofrecía como si formara parte de la corporación un banco que no lo era y eso no se le decía al inversionista. Nos preocupaba que don Carlos asignaba a una oficial del banco para darles información y ella (Marietta Herrera por ejemplo) no tenía ni idea de lo que le estaban hablando y por eso entró Javier Filloy en escena.

Encuentro dos o tres clientes más que invirtieron en el banco de Belice (...) La licencia como banco estaba pero no la licencia para captar y antes de eso sí se hicieron ofrecimientos, no porque los escuchara sino porque me enteré, uno de esos es el de Cori Consulting (...) don Carlos ofrecía abiertamente el banco de belice (sic) y Javier era como una tumba (...) la creación del Banco de belice (sic) no fue acuerdo de Junta Directiva de Elca, fue de don Carlos Alvarado y sus socios (...) A don Carlos obviamente se le advirtió que el banco no estaba autorizado a operar (...) así como que no mezclara operaciones de Belice ni funcionarios de Elca en ese tipo de transacciones (...) En Elca International Bank and Trust Limited no recuerdo si por petición de Javier firmé algo a KPMG (...) Nunca he estado en Belice'. Pero también el asunto llegó a conocimiento de la SUGEF pues doña Cecilia Sancho Calvo, Directora General de Bancos Privados de esa entidad, refirió: 'En agosto de 2002 don Bernardo Alfaro, anterior superintendente, recibió un correo anónimo que informaba que Elca tenía una entidad domiciliada en exterior. Indicaban que el Banco Central de Belice había autorizado licencia bancaria pero estaban formalizando, se le dio seguimiento y en setiembre de 2003 don Carlos Alvarado informó que Junta Directiva había acordado que la empresa no iba a formar parte del grupo financiero. Fuimos muy claros que esa entidad tenía que formar parte del grupo y que tenían que solicitar se autorizara el offshore e incorporarla al grupo financiero por eso el informe. Dijo que iban a ser fuera de Corporación Elca y se me indicó que Elca Bank & Trust o algo así y se le dijo que debían proceder a eliminar el nombre de Elca para no crear confusión en el público. En octubre dimos respuesta a Javier Filloy que indica que no van a realizar operaciones de intermediación en Costa Rica y que tenían reservado el nuevo nombre del banco que no incluía el nombre Elca. No sé si el banco entró a operar. Conozco a Hernán González(...) desconozco si tenía relación con el banco offshore. Una entidad offshore opera fuera del país, el banco local de un grupo offshore puede prestarle ciertos servicios a una entidad domiciliada en el exterior siempre que forme parte del grupo financiero y haya un contrato que regule esa situación.



No hay posibilidad de captar inversiones si no forma parte de un grupo financiero costarricense, es sólo transferencia de fondos por cuenta y riesgo de quien lo hace (...) No sé si la Junta Directiva de Elca aprobó esa offshore ni ellos me informaron. El nombre definitivo del banco en Belice era Interbank and Trust, no sé si operó' declaración que encuentra amparo en lo establecido por el oficio de folio 4413 (tomo X principal) firmado por Sancho y dirigido a Carlos Alvarado, como representante legal de la Corporación Elca Internacional, el 17 de febrero 2003 y recibido por la gerencia general en esa misma fecha. Allí se le recuerda a Alvarado que desde el 18 de diciembre de 2002 'esta Superintendencia solicitó información acerca del estado actual en que se encuentran las gestiones que realiza ese Grupo Financiero para obtener una licencia para operar un banco offshore en Belice y la fecha en que esperan iniciar trámites ante la SUGEF para la aceptación de dicha plaza, previo a la solicitud de incorporación de dicha entidad al Grupo Financiero, sin que a la fecha fuera contestada', lo que concuerda con la referencia que hiciera el interventor titular Manrique López al decir: 'No participé en el período previo a la intervención pero si se nos comentó que el grupo había pedido constituir una offshore en Belice y que había llegado a un acuerdo para no incluirlo en el grupo financiero y las gestiones las realizaba don Javier Filloy. Se apersonó gente diciendo que había intervenido en el banco o a través del banco, Carabetta con Inversiones Savinelli y Cori Consulting se presentaron diciendo eso, que habían hecho gestiones en el banco pero no necesariamente en el offshore.' El que el ofrecimiento de los títulos del Elca International Bank and Trust Limited se hacía a diversas personas encuentra sustento probatorio en los documentos de folios 1064 a 1071 del tomo III. Allí se encuentra copia de una nota (con sello de recibido de Banco Elca, Gerencia General y dirigida al gerente general de Banco Elca) fechada el 01 de octubre de 2002 en la que el representante de Cori Consulting and Financial Services S.A. entrega al Banco Elca los originales de los cupones de intereses del Elca International Bank and Trust Limited para custodia y que a la fecha de vencimiento sean cambiados y depositados "libre de comisiones bancarias nacionales". No hay ningún documento que determine que formalmente Hernán González formara parte de los representantes de Elca International Bank and Trust Limited por lo que, el que esa correspondencia se le remitiera y estuviera al tanto de esas operaciones, denota que las operaciones offshore en Belice se tenían como un servicio más del Banco Elca S.A. costarricense pues, de otro modo ¿cómo explicar que esa nota le sea remitida al gerente general de esta institución? ¿lo sería de igual forma a otra gerencia general de cualquier otro banco? Evidentemente que no sino sólo de instituciones relacionadas o que brindaron el servicio allí referido. Cabe indicar que según el documento de folio 42 del tomo I emitido por el Banco Central de Belice, es justamente ese 01 de octubre de 2002 en que el banco tiene permiso para operar como offshore (sin tener aún licencia para captar, lo que lograrían hasta inicios de 2004) y ya para entonces no sólo estaban emitidos otros certificados y sus cupones de intereses sino que estaban próximos a su vencimiento. De igual manera, en el tomo XV (documentación secuestrada en la casa de Javier Filloy) existe copia certificada del legajo de prueba N° 19 en donde se consignan copias de certificados emitidos por el Elca International Bank and Trust Limited, con igual formato al presentado por los querellantes, suscritos ora por Javier Filloy ora por él y Carlos Alvarado y emitidos a partir de febrero de 2003 a nombre de entidades tales como Filloy Rosados S.A. u Olga Rozados Pazos, Arjuna Limited, Veda Inc., Nirvana Inc., Jiva Inc., Rank Inc., Deva Inc., Sage Inc., Sahara Inc., Valley International Inc. y Top-co. Inc. (ver folios 6608 a 6612 a 6623) sin olvidar los documentos que, en el mismo sentido, se le pidió a Bolívar que firmara a favor del señor Penón según aquel testigo refiriera. Por supuesto que el tema era conocido por el encargado de crear esa sucursal, Javier Filloy, quien dijo que "él (Carlos Alvarado) lo ofrecía (refiriéndose al Elca International Bank and Trust Limited) como ofrecer confetti en la avenida central, yo le dije claramente que no se podía, pero él ponía al servicio toda la corporación, como un paquete." más en alguna correspondencia emitida por Filloy se desprende que existió un interés inicial en que el Banco fuera parte del Grupo Financiero Elca de Costa Rica y que si ello no se pudo realizar fue por las intervenciones de las autoridades de los respectivos países, como la SUGEF en Costa Rica (a través del mecanismo mencionado arriba y descrito por doña Cecilia Sancho) o por oposición del

Banco Central de Belice ante requerimientos de autoridades norteamericanas. Así, en el tomo principal XV está copia certificada del legajo de prueba N° 21 (documentación secuestrada en la casa de Javier Filloy según acta de secuestro 362112 del 22 de julio de 2004 visible a folio 573 del tomo II principal) y en los folios 7290 a 7292 hay una copia de un memorandum dirigido por Javier Filloy a Tinoco (representante de Cori Consulting and Financial S.A.) en donde Filloy le indica a Tinoco que el Banco en Belice inicia operaciones el 16 de enero de 2004 y que no se pudo poner en operaciones antes pues Estados Unidos empezó a '...requerir de los centros offshore su colaboración para que en los casos de existir operaciones (parallel banking structures) bancarias relacionadas (por gestión o afinidad de sus accionistas) con otros distritos financieros (Caso del Grupo Financiero Elca-SUGEF) debería propiciarse criterios de uniformidad para que un solo regulador controle a dos o mas grupos/bancos...' y agrega que la nueva licencia está a nombre de Interbank and Trust Limited y no fue objetada por la SUGEF siempre que fuera banco internacional y que no se incluyera en el Grupo Financiero Elca. Es decir, el cambio de nombre no sólo se debió a la recomendación de la SUGEF ante la confusión que se producía en los inversionistas (y agrega este Tribunal ya no sólo por el nombre similar "Corporación Elca Internacional"/"Elca International Bank..." y los logotipos casi idénticos sino por el uso común de instalaciones, personal y hasta la tentativa -frenada por la SUGEF- de incluir los gastos de una en los estados financieros de la otra entidad) sino a la variación de tenerlo ya no como un offshore del banco nacional sino como un banco internacional. Inclusive este último aspecto fue referido de forma distinta por Carlos Alvarado en su indagatoria. Mientras en debate indicó que 'El banco offshore se desarrolla como alternativa para la competitividad, era manejarlo como banco extranjero, no es realmente un offshore sino un banco internacional manejado en el extranjero' con lo que incurrió en un verdadero lapsus al reconocer, inicialmente, que era una sucursal offshore (es decir, parte del Banco Elca S.A.) para luego, apercibido de lo que acababa de decir, aclarar que no era tal sino un banco internacional, en su indagatoria anterior (folios 4043 a 4089, especialmente folios 4088 ss. del tomo X, posible de valorar al tenor de lo establecido en el numeral 343 párrafo tercero del Código Procesal Penal) alude al banco de Belice como el "banco offshore" y a que las inversiones de Garber en Banco Elca eran de sumas muy grandes, lo que implica su aceptación de que ese negocio se planteó como si fuera una inversión en el grupo nacional y un servicio más del Banco Elca S.A.. Aquí el imputado menciona una posible inversión en la reunión de Guatemala pero oculta que, para entonces, la misma ya se había dado. De este grupo de elementos probatorios -cuyas declaraciones fueron claras, precisas, soportaron correctamente el interrogatorio, sin que el tribunal tenga ningún elemento para dudar de su credibilidad pues sus dichos tienen correlato entre sí y con otros elementos probatorios, razones todas por las que merecen, en general, absoluta credibilidad salvo cuando expresamente se indique lo contrario en cuyo caso se explicó el por qué- puede concluirse, entonces, con absoluta certeza, que el encartado Carlos Alvarado pretendía crear una banca offshore en Belice y la ofrecía -aún sin tener la licencia de captación allí ni estar integrado en Costa Rica al grupo económico- como parte de los servicios que proporcionaría Banco Elca pues su banco era uno de los pocos, en el mercado nacional, que carecía de ese servicio, lo que le restaba competitividad. Aunque posteriormente, ante requerimientos de la SUGEF y complicaciones en el trámite en Belice, el Elca International Bank and Trust of Belice cambia su nombre a Interbank and Trust Limited y se establece que se tratará de un banco internacional desligado del Grupo Económico Elca, tanto por la concepción inicial como por la forma práctica en que Alvarado manejó el tema (gastos de ese banco pretendieron introducirse en estados financieros del Banco Elca S.A., Alvarado lo ofrecía como un servicio de dicho banco, se usaba el mismo nombre y logotipo, había confusión de personal y tareas pues a los personeros de Costa Rica se les podía como si fueran los de Belice, se usaban las instalaciones costarricenses para funciones del supuesto Banco de Belice al punto que González Peña refiere no haber viajado a Belice para esas fechas a pesar de lo cual él suscribe documentos a nombre del Elca International Bank and Trust of Belice cambia su nombre a Interbank and Trust Limited, etc.), dicho banco siempre se ofreció como un servicio más del grupo financiero Elca y, específicamente, del Banco Elca S.A. y tan era así que se autorizaba o



sacaba a que sus funcionarios para que fueran a Belice a brindar servicios de cómputo o de oficialía de cumplimiento, se usaban las instalaciones nacionales, se ofrecía públicamente a clientes y a otros integrantes del Grupo Financiero y hasta se les decía a los empleados del Banco Elca S.A. que iba a ser un clon del nacional y que quienes estaban autorizados a firmar aquí podían hacerlo allá” (folios 17228-17235). En conclusión, como se dijo, hay abundante prueba de que el servicio offshore de banco ofrecido por Alvarado Moya al señor Garber (entre otras personas) no operaba para entonces, sino que era parte de un engaño utilizado para hacerlos girar dinero para presuntas inversiones que no llegaron a ser tales, sino que fueron fondos desviados, como se explicará adelante.

II.- En el segundo reclamo, se dice que los hechos probados XV y XVI, los cuales se refieren a la recepción del dinero del señor Garber (para ser invertida a nombre de la sociedad anónima Night Glow) por parte del endilgado y de su depósito en la cuenta N° 6096-1 del Transamerica Bank Trust Co., perteneciente a una sociedad controlada por Alvarado Moya, la sociedad anónima Bosques de Ayarco BA, se sustenta únicamente en el testimonio de Hernán González Peña. Este testigo, dice el impugnante, fue objeto de una querrela por parte de la sociedad ofendida, pero conciliaron por la suma de cien mil dólares y su palabra de atestiguar en esta causa. Esto debió haber sido considerado, así como que el cheque tiene fecha del 31 de mayo del 2002 y el memorándum para disponer de los fondos, del 6 de junio siguiente, lo que hubiera llevado a desechar su versión de que había tenido que llamar a Alvarado Moya para pedir instrucciones. Quedó nítido, dice el defensor, que González Peña podía desobedecer a Alvarado Moya. Posteriormente, se discurre sobre los intereses que pudieron haber tenido los ofendidos en una condena del justiciable y el papel que ese testigo y Javier Filloy Esna pudieron tener en ese plan. Agrega que el banco no era un “jardín de infantes”, en el que Alvarado Moya daba órdenes y los demás obedecían ciegamente. No es de recibo el reproche. El hecho de que González Peña hubiera conciliado por una suma mucho menor a la demandada por la sociedad ofendida, o bien que mostrara algún nivel de indisposición al haberse visto involucrado en estos hechos, no es razón suficiente para negar credibilidad a su dicho. Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia nacional que, la credibilidad de una probanza radica en su coherencia y verosimilitud propia, al igual como de su contraposición con las demás. No de una especulación sobre los motivos que tiene alguien para decir una cosa u otra. En este caso, no hay indicio alguno de que González Peña no dijera la verdad, por lo que a falta de argumentos válidos el defensor especula sobre su disposición hacia Alvarado Moya y el provecho que los demás pudieron haber obtenido de ello. De forma que, con esas sospechas, no hay por qué poner en tela de discusión el dicho de ese declarante. Esta prueba, por lo demás, se muestra consistente con el resto de lo expuesto por el personal del banco que compareció en el debate, quienes unánimemente dijeron que quien mandaba en el mismo, era su dueño y presidente, Alvarado Moya. Era él quien mandaba y así se testimonia a lo largo de la sinopsis probatoria, resultando ociosa una referencia específica a ella, pues es un dato que está en todos los testimonios aducidos. De tal forma que, entonces, sí es razonable que aunque González Peña en ocasiones tuviera criterios diferentes a los de Alvarado Moya, fuera este quien tomara las disposiciones y decisiones tratándose de aspectos relevantes, como era justamente el ingreso de tres millones de dólares, recibidos para invertir en un servicio offshore que él había ofrecido pero que no operaba. Amén de que, como dijo el testigo Jorge Luis Zamora Varela: “ Yo creo que podía oponerme a las órdenes de Carlos Alvarado pero si lo hacía, siendo asalariado, me echaba. ” Para terminar, no se ve cuál es la relevancia de que el cheque recibido tuviera consignada una fecha y el memorándum sobre el destino de los fondos fuera otra, porque por la razón que fuera Alvarado Moya no estaba en el lugar, y debió ser localizado telefónicamente, recibiendo las instrucciones del caso de parte de aquel (folio 17089). En resumen, no se demuestra que González Peña haya faltado a la verdad y, por esa vía, que los hechos demostrados XV y XVI sean insostenibles. Sin lugar al motivo.

III.- En el tercer motivo, se dice que la situación de Javier Filloy Esna es similar a la de Hernán González Peña y que, sorprendentemente, el Tribunal aceptó como prueba unos certificados que durante su declaración sacó de las bolsas de su pantalón. Dice el defensor que dicha prueba es ilegal, por no haber mediado prueba grafoscópica para establecer la autenticidad de la firma en esos títulos, que Filloy Esna tiene interés particular en la resolución de la causa, que se refieren a un hecho no juzgado “y que guarda relación con el caso de Cori Consulting” , que se malentendió el artículo 29 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados, al hacer uso de correos electrónicos enviados por el acusado a Filloy Esna, sin el consentimiento de su autor. Finalmente, vuelve sobre el punto del papel que como testigos interesados en el asunto y útiles para el actor civil jugaron tanto Filloy Esna como González Peña. No es atendible el motivo . Como se dijo arriba, las razones personales que tenga cada uno de los testigos son intrascendentes, a menos que afecten la credibilidad de la prueba. Esta no se ha visto comprometida ni mucho menos, por el contenido de sus deposiciones, ni la forma de declarar los mencionados Filloy Esna y González Peña. Es comprensible que la defensa resienta que, para su sorpresa, en el debate aparecieran los certificados del dinero que Alvarado Moya había recibido de Night Glow sociedad anónima, pues ello demostraba documentalmente que el endilgado sí había recibido tales sumas con la treta de que eran para invertir en un banco offshore en Belice. Definitivamente eso constituyó un factor que afectó la estrategia de la defensa, que consistía, entre otras cosas, en negar que las cosas hubieran sucedido así. Pero de allí a que sea una prueba ilegal, no hay identidad. Como correctamente lo expuso el a quo, el principio de libertad probatoria permite demostrar las circunstancias relevantes por cualquier medio lícitamente obtenido. De modo que, no habiendo ninguna ilicitud en que fuera durante el juicio que (como circunstancia verdaderamente novedosa que es) el declarante Filloy Esna sacara dichos documentos y los pusiera a disposición del a quo y las partes (las cuales pudieron conocerlos y, si era el caso, contradecirlos), estos podían ser tomados en cuenta plenamente como prueba en la sentencia. Que esos documentos o una acción de Filloy Esna esté siendo conocida en otra causa, no impide que, para efectos de resolver la presente, sean ponderados por los jueces. Tampoco lo impedía la falta de prueba grafoscópica para comprobar que la firma que aparecía en los títulos era la de Alvarado Moya, pues no hay indicio alguno para suponer que la firma que allí obra no es la del procesado. Por el contrario, la declaración de Filloy Esna es enfática en que las firmas son la de él y de Alvarado Moya (folio 17050), lo cual es consistente con el involucramiento pertinaz e irresponsable que tenía Alvarado Moya con el pretendido proyecto del banco offshore en Belice del que ya largamente se hizo cita. Aun más, en el correo electrónico cuya incorporación el defensor recrimina, el propio Alvarado Moya reconoce que esa es su firma. Para terminar, debe hacerse referencia al alegato del litigante sobre la violación a la privacidad del endilgado y a la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados, el cual tampoco es atendible, porque siendo Filloy Esna el destinatario de la comunicación electrónica que le dirigió Alvarado Moya, él era titular de su propia privacidad, pudiendo ponerla a disposición del a quo en ese sentido. O sea, contrario a la lectura que hace el recurrente, se entiende que cuando se alude a si son varios los titulares, la norma del artículo 29 de esa ley se refiere a que sea varios los sujetos ubicados al mismo extremo de la comunicación; más no cuando es un sujeto a cada lado, pues en este caso cualquiera de ellos puede consentir en que sea usada. Tanto es así, que si la norma se refiriera a las hipótesis, como la presente, en que es un emisor y un receptor, sería innecesario que contemplara la situación especial de que sean “ varios los titulares ” , pues toda comunicación, para que sea tal, requiere de al menos dos sujetos. Es decir, siempre serían “ varios ” , lo que haría estéril la distinción. Esto demuestra que, tratándose de un receptor (como lo era Filloy Esna), bastaba con su autorización para el empleo de tal correo electrónico que le envió Alvarado Moya.

IV.- En el cuarto motivo, dice el impugnante que varios trectos de la sentencia hacen patente “una

especie de prejuicio” o “conclusión adelantada” . Así, dice que el a quo no justifica la calificación que hace de “actuaciones defraudatorias” , las cuales deben deducirse de los hechos y no inferirse a priori. Al mismo tiempo, colocar ciertas expresiones entre comillas “refleja un pre-juicio (sic) del Tribunal” . Decir que las acciones de Alvarado Moya eran falaces, significa que es un embustero, lo cual atenta contra la dignidad del endilgado. Agrega que sin narrar los hechos, en la sentencia ya se califican los mismos, amén de que no se dice de dónde surge que el justiciable dijera al señor Garber y su asesor que ya había concluido los trámites de autorización para que operara la banca offshore . A continuación, alega que los Jueces no dijeron dónde se apoyaban para decir que Filloy Esna enviaba todos los meses informes contables a Maynard Garber sobre los supuestos rendimientos de su inversión en Belice; que no se reflejó en el fallo que durante el 2002 la relación de las empresas de ese señor y el Banco Elca fue normal; que los certificados que le fueron entregados no fueron ficticios, pues recibió el pago de intereses; y, que el fallo no describe cómo obtuvo el Tribunal la certeza de que esa suma fue empleada para satisfacer obligaciones personales de Alvarado Moya. No es atendible el motivo . El hecho de que el Tribunal aluda a una serie de actuaciones o incluso a la forma de proceder del endilgado de forma que le resulta comprometedor o lo expone como un sujeto de cuidado, no implica que este tuviera una actitud perjudiciada contra aquel. Prejuicio es cuando se tiene una posición previa al juicio, es decir con antelación a la evacuación de la prueba. No cuando esta ya ha sido vertida y los jueces han formado su criterio. En tales circunstancias, no existe ningún obstáculo, sino que es la consecuencia necesaria (salvo duda en contrario) que los juzgadores tengan un criterio acerca del sujeto, su forma de actuar y sus acciones en discusión. En algunas de las situaciones, ese criterio puede ser negativo para él, como en este asunto. Mas no porque ello proviniera de un prejuicio , sino de un juicio fundado en las probanzas evacuadas. Luego, si el Tribunal entrecomilla algunos términos o expresiones, es porque ello es un recurso lingüísticamente válido para connotar que el significado de las mismas no es el usual, sino que hay uno oculto, que en este caso se inscribía en la trama y actuaciones defraudatorias de Alvarado Moya, lo cual (en vez de ser una posición previa al debate, como dice el defensor), surge claramente de las probanzas evacuadas. Estas, como es sabido, son aquilatadas en la deliberación de los jueces, los cuales una vez concluida la misma, proceden a redactar el fallo, vertiendo su decisión en el documento (o bien a exponerlo oralmente en las ocasiones en que procede). Pero de ninguna manera representa que los jueces vayan desarrollando su razonamiento al tiempo que lo redactan o lo exponen en el documento. Por eso es que no hay ninguna irregularidad en que, antes de abordar las diversas pruebas en las páginas sucesivas, en el documento escrito (o la exposición oral) aparezcan conclusiones del Tribunal, sin que sea que estaban perjudiciados o habían tomado una posición previa, sino que es el producto de su deliberación, la que ya tuvo lugar y no se desarrolla simultáneamente a la redacción de la sentencia. Por otra parte, no era necesario que el Tribunal indicara explícitamente de dónde se obtenía que el acriminado había ofrecido los servicios de la banca offshore como si los trámites de autorización estuvieran cumplidos, pues desde que los ofrecía como viables (y el propio defensor transcribe parcialmente un testimonio al respecto) sin mencionar que estaban en proceso, era porque desde luego ya estaba autorizada su operación, o más bien así lo hacía parecer el encartado. Por otro lado, sí hay prueba de que Filloy Esna proveía a ese inversionista de los mencionados estados de cuenta (ver declaración de Ricardo Rojas Rodríguez, a folios 17058 y 17061), los cuales pretendían aparentar que las cosas caminaban normalmente, cuando lo cierto es que el banco offshore no operaba ni los dineros habían sido invertidos. De igual manera, el protagonismo e insistencia de Alvarado Moya en esta estratagema defraudatoria, la lógica lleva a pensar que él al menos consentía el envío de esos estados de cuenta, si no es que ellos formaban parte del plan inicial para mantener en el error a los afectados. Asimismo, el que fueran algunos de los intereses devengados por el dinero entregado a Alvarado Moya por parte de Night Glow sociedad anónima, no desconfiguraba retroactivamente el ilícito de estafa ya configurado, en el que (como tantas veces se ha expuesto) a Garber le fueron ofrecidos los servicios de una institución inexistente, para que invirtiera fondos que nunca llegaron a destino. Al contrario, como lo explica el



a quo de folio 17255 en adelante, esas maniobras pretendían encubrir lo que sucedía y mantener a los ofendidos en el engaño. De ahí que, aunque se pagaran algunos intereses, no por ello los certificados dejaban de ser ficticios y pasaban a ser verdaderos, porque ni la banca offshore operaba ni los fondos habían sido destinados a ninguna inversión. Esto, además, hace irrelevante que durante el año 2002 las relaciones comerciales entre Garber y el Banco Elca fueran normales, pues lo que importa en esta causa no son esos hechos, sino los ilícitos que a la postre fueron perpetrados, los cuales no se ven imposibilitados ni se ven afectados por las buenas relaciones previas. Para terminar, en cuanto al destino que en el capítulo de razonamiento probatorio el Tribunal dijo que Alvarado Moya le dio a los susodichos fondos recibidos (para pagar obligaciones personales), no era preciso que el a quo entrara a detallar cada uno de los pagos o gastos hechos con esos fondos, lo que de por sí ya formaba parte de la fase de agotamiento del delito y no de su consumación, lo cual es innecesario. Bastaba, como dijo el a quo y el mismo defensor transcribe, con que uno de los funcionarios del banco más próximos jerárquicamente a Alvarado Moya (González Peña), así lo constatará, diciendo que la cuenta a la que se habían desviado los tres millones de dólares de Night Glow sociedad anónima, era una particular de otra sociedad controlada por el justiciable. Lo cierto, es que con un destino u otro, el dinero no se envió a la finalidad que estaba destinado, sino que fue desviado por el acusado a una cuenta que controlaba, lo cual configura el daño patrimonial acusado y apuntaba a un beneficio patrimonial ilícito, fuera para Alvarado Moya (como se acreditó) o para un tercero.

V.- En el quinto motivo, arguye el quejoso que su defendido fue una persona distinguida y de vida intachable, hasta estos hechos, por lo que no requería incurrir en este tipo de acciones para hacerse de capital. “Cuando se hizo el desembolso por los tres millones de dólares la transferencia fue solicitada por el señor Ricardo Rojas como dirigida a Transamerica Bank and Trust de Bahamas. Desde el principio la parte querellante conoció perfectamente que el dinero no se estaba transfiriendo directamente a Belize (sic)”. Indica que el que el dinero no se enviara a Belice, no constituía una apropiación del mismo, sino un depósito irregular, pudiendo el banco emplearlos a su discreción. Dice que el cheque por los tres millones de dólares se hizo a favor de Transamerica Bank and Trust, y que ni el Banco Elca ni EIBT-Belize participaron de ese envío. Luego, vuelve sobre que no se probó la inexistencia para entonces de esa agencia offshore en Belice; que el dinero recibido fue en calidad de “depósito irregular”; que el acuerdo alcanzado en la ciudad de Guatemala y la falta de solicitud de los certificados originales muestran la confianza que todavía Garber le tenía al imputado; que a lo sumo, todo se trató de una infracción a la legislación bancaria; y, que la disposición de Alvarado Moya de poner a responder sus bienes, probó que no había actuado con intención defraudatoria. Se declara sin lugar el reclamo. No vale la pena volver sobre el tópico de la inexistencia de la banca offshore en Belice como servicio del Banco Elca, lo cual ya está establecido desde el primer considerando de esta resolución, por lo que se remite a las partes a lo allí dispuesto. Ahora bien, en lo tocante a si la sociedad perjudicada y que sus personeros sabían que el dinero no se estaba destinando a esa agencia, sino a Transamerica Bank and Trust, donde el acusado tenía una cuenta, es un asunto irrelevante, porque bien puede hacerse el depósito a favor de una entidad bancaria diferente a la destinataria de los fondos, para que aquella los canalice. “...práctica común en esa época”, dijo Ricardo Rojas Rodríguez (folio 17057). Pero ello de ninguna manera implica que se autorizara a Alvarado Moya a darles un destino diferente al acordado por las partes; a saber, invertirlos y no usarlos para otros fines, como eran las obligaciones personales del acusado, según comprobó el testigo González Peña. Entonces, que ese dinero se canalizara por esa cuenta y no directamente a Belice, lo cual era imposible en vista de que dicha agencia offshore no operaba para entonces, sino que había unas instalaciones que simulaban una operación en regla (cosa ya aquí descartada), no significa que el ofendido autorizara un destino diverso para su dinero. Este, contrario a lo que sostiene el defensor sin sustento alguno, no era un “depósito irregular”, o un acto en el que alguien pone al cuidado de otro un bien o valor



con más o menos facultades, para lo cual se requiere una puesta lícita en posesión. En el presente asunto, la puesta en posesión no fue lícita, pues estaba precedida de un engaño, en el que se había hecho incurrir al señor Garber y el que ya se ha descrito reiteradamente y es ocioso volver a explicar. Lo cierto es que, aunque esos dineros no pasaran por EIBT-Belize, lo cual era inviable al no existir entonces, ni por el Banco Elca, lo que está fuera de discusión es que sí pasaran por las manos de Alvarado Moya, quien dispuso de ellos distanciándose de su compromiso con la sociedad inversora y cuyo propietario había sido engañado, para lo cual se valió de la apariencia de solidez y respetabilidad que le otorgaba el banco y sus antecedentes personales. De modo que sostener acá, lo mismo que intentó hacer el acusado frente a los acreedores, que este no es un asunto del Banco Elca, es desconocer las circunstancias en que el engaño operó. En otro sentido, el que durante el 2002 los negocios de ese perjudicado y el Banco Elca fueran positivos, no conlleva que siguieran confiando en este cuando llegaron a un acuerdo en Guatemala, en el que se programó un nuevo cronograma de pagos, sino que, como lo dijo el apoderado del señor Garber, lo hicieron para rescatar “del ahogado el sombrero”, pero que para entonces tenían la certeza de haber sido engañados, cosa que ratificaron cuando expresamente Alvarado Moya le dijo que no iba a pagarles el dinero adeudado (folios 17058, 17059 y 17061). En esa misma reunión, dijo el señor Garber, “quedé más convencido de que Alvarado y Filloy eran ladrones” (folio 17161). De tal forma que no es cierto que por aceptar ese arreglo propuesto en la ciudad de Guatemala, el ofendido cohonestara ni ratificara las actuaciones del endilgado, sino que trataba de recuperar su dinero, lo cual no fue posible, porque el aducido acuerdo no fue honrado por Alvarado Moya. Incluso después de eso, según dijo la testigo Navas Montero, “...nosotros salimos convencidos de que había que plantear la acción penal, pero Garber quería un arreglo económico” (folio 17141), lo cual desacredita la tesis del defensor de que este se valió del proceso penal para salvaguardar sus fondos ante la quiebra del Banco Elca. En síntesis, el problema no era de irrespeto a la legislación bancaria costarricense o beliceña o no, sino de que el daño patrimonial se le había causado a la empresa de Garber empleando un engaño o artificio por parte de Alvarado Moya, constituyendo así un delito de estafa. Ante una situación como esa, definitivamente haber dejado los pretendidos certificados originales en custodia de Filloy Esna era un error, como se reveló después, pero para entonces no se avizoraba el fraude, sino hasta el incumplimiento de las obligaciones. Una vez descubierto el engaño y siendo infructuosos los esfuerzos por recuperar el dinero, lo procedente no era pedir los títulos, sino denunciar los hechos, como en efecto se hizo. Para terminar, no es cierto que la disposición de Alvarado Moya de entregar algunos de sus bienes para responder por sus deudas muestre que no tuvo dolo defraudatorio. En primer lugar, porque ello tendría meramente un valor indemnizatorio respecto al delito que ya se había consumado tiempo atrás. Y, lo más importante, porque esos bienes no cubrían el monto estafado y no eran fiables. Al decir de la testigo Navas Montero, “... incluso a través de don Álvaro se nos ofreció unas propiedades, se fueron a ver pero no daban el valor o estaban enredadas” (folio 17141).

VI.- En el sexto motivo, esgrime el recurso que “Con pérdida total del principio de objetividad, el Tribunal basa su razonamiento para imponer la sanción a Carlos Alvarado, en los testimonios de Hernán González, Ricardo Rojas y Gloria Navas, y toma de estas personas afirmaciones muy subjetivas y sin respaldo probatorio en el resto de la prueba”. Agrega que Alvarado Moya quiso buscar un arreglo poniendo a disposición de los interesados algunas propiedades suyas, lo que fue descalificado empleando el criterio de la testigo Navas Montero; que no se tomó en cuenta que con los otros involucrados (González Peña y Filloy Esna) se concilió por el 2 y 2.5% de lo que se les pedía; que el señor Garber vio pagos sus intereses y pudo recuperar “muchos millones de dólares”. A continuación, cuestiona el empleo que se le daba a la cuenta de la sociedad anónima Bosques de Ayarco y que EIBT-Belize tenía presencia física en ese país, acerca de lo cual ya se expuso en este fallo, por lo que debe estarse a lo allí dispuesto. Para terminar, dice que no se tomó en cuenta la salud física de su cliente para fijar la pena, ni sus obligaciones familiares con

hijos jóvenes; que Ricardo Rojas Rodríguez dijo que “a la pregunta si les iba a pagar se limitó a decir, viendo a los ojos a su interlocutor, que no...” , cosa que es un recurso retórico, mas no jurídico; y, que la pena media a la que alude el Tribunal, no son ocho años, compuestos por noventa y seis meses, como se le impuso al encartado, sino setenta y seis meses. No lleva razón el defensor . En primer término, la pena que se le impuso a Alvarado Moya no se basa únicamente en el dicho de esos testigos que él crítica. Es más, aunque así hubiera sido, no habría constituido una irregularidad, a condición de que fueran testimonios creíbles y consistentes, como en verdad lo fueron. En todo caso, conviene tener presente que, como se dijo, no fueron las únicas probanzas sopesadas al efecto, sino que, basta leer de folio 17279 en adelante, aunque sólo se haga mención expresa de ellos, el juicio de reprochabilidad se basa en la totalidad de la prueba recabada al respecto y de las conclusiones sobre la culpabilidad que ello muestra en las acciones del endilgado. Sobre ese tema, dijo el Tribunal: “El párrafo final del artículo 216 del Código Penal, al señalar que “Las penas precedentes se elevarán en un tercio” obliga a que se aumente en un tercio los extremos mínimo y máximo de la pena abstracta prevista para el delito. Como en este caso estamos frente a una estafa de mayor cuantía cuya pena es de seis meses a diez años, la pena abstracta imponible con la agravante acreditada es de ocho meses a trece años y cuatro meses . Tanto el Ministerio Público como el querellante solicitaron una pena de ocho años de prisión que, como se observa, no es ni la pena mínima ni la máxima. Estima este Tribunal, por unanimidad, que la citada sanción debe mantenerse por ser la adecuada a la culpabilidad, es decir, al nivel de reproche que debe hacerse al encartado Alvarado Moya estimando los elementos indicados en el artículo 71 del Código Penal. En cuanto a los aspectos subjetivos del hecho punible hay que tomar en cuenta que el encartado actuó con dolo directo y no sólo logró que se consumara el delito al obtener la entrega de los tres millones de dólares el 31 de mayo de 2002, sino que mantuvo en error a la entidad ofendida por mucho tiempo más pues le entregaba supuestos estados de cuenta de inversiones que nunca existieron como tales. Cuando se le requirió la entrega de dineros aducía problemas con otros bancos internacionales para las transferencias, controles sobre clientes por el monto, invitaciones a invertir, y ello generó que, al menos hasta enero de 2004, el ofendido no conociera en toda su magnitud lo acaecido. En lo referente a los aspectos objetivos y las circunstancias de modo, tiempo y lugar hay que tener en cuenta que Ricardo Rojas, representante de Maynard Garber y de Night Glow S.A., conoció de Carlos Alvarado pues se le habían dado referencias suyas en Finadesa en donde Ricardo era directivo (institución que fue accionista de Financorp Puesto de Bolsa, a su vez parte de la Corporación Elca Internacional S.A. presidida por Alvarado), conocía el amplio prestigio que poseía don Carlos Alvarado en el medio bancario y financiero costarricense, el curriculum solvente que poseía como Presidente de la Cámara de Comercio, director de la Asociación Bancaria, Presidente de la Cámara de Bancos Privados y entidades financieras, fundador de la Corporación Elca, etc., de modo que se acerca a él en las instalaciones físicas del Banco Elca a fin de contactar inversiones para su representado, se efectúan reuniones con el mismo Presidente de la Corporación y del Banco Elca, éste llama a altos ejecutivos (gerentes) a participar en ella y producto de esa situación, se induce a invertir en la banca offshore de Belice, inexistente a la fecha. De modo que la inducción en error se realiza en condiciones que para cualquier víctima resultaban altamente creíbles, sin que se desprendiera ningún elemento para desconfiar de la licitud del negocio planteado por Alvarado. Esa inducción en error y esa inyección de liquidez se produce en un momento en que el encartado Alvarado realizaba una pluralidad de actividades empresariales (fundador y Presidente del Hospital Cima San José, de Cormar, expresidente de Cámaras, etc.), en que muchas de sus cuentas estaban con saldos negativos o con sobregiros por lo que debía recurrir a que terceros le prestaran sus cuentas y nombres para hacer pagos (así lo refirió Hernán González) y que el Banco Elca S.A. ya había presentado niveles de irregularidad decretados por la SUGEF (en tal sentido Cecilia Sancho y Oscar Rodríguez, entre otros), todo lo cual permite entrever cuáles eran los motivos determinantes para la comisión del hecho, es decir, el ánimo del encartado no sólo de obtener recursos a como diera lugar y así ocultar otras irregularidades que ya presentaban sus finanzas personales y las del



banco que él dirigía, con lo que lograría mantener, artificialmente, el prestigio que poseía en el medio nacional. También hay que considerar la importancia de la lesión al bien jurídico tutelado es decir, el patrimonio de la entidad ofendida que se vio menoscabado en, al menos, tres millones de dólares norteamericanos, es decir, aproximadamente unos mil cuatrocientos setenta y seis millones de colones al tipo de cambio actual (cuatrocientos noventa y dos colones por dólar), sin considerar los intereses que la suma pudo generar según lo pactado. Sin duda alguna para la consumación del delito reviste particular importancia, en este caso, considerar las condiciones del sujeto activo y de la víctima pues si don Carlos no hubiera tenido el curriculum, el prestigio y la posición de Presidente del Banco Elca ejercida de la forma en que lo hacía y si la víctima no hubiera conocido de ellas de previo, evidentemente el delito no se habría consumado. Esa relación originó la confianza necesaria para que el sujeto pasivo no extremara controles que si habría usado en otras circunstancias. Por otra parte, Alvarado Moya se aprovecha de la circunstancia que él conoce que el dinero invertido provenía de la actividad del sport book para sustraerlo bajo la falsa creencia que el origen de los fondos o la eventual falta de declaración tributaria de ellos, los hacía ilícitos y que ello impediría que el sujeto activo los reclamara por las vías legales e inclusive llega a decirlo así a la víctima al decir que desvinculó los fondos del Banco Elca "para protegerlo", ante lo que Garber indica que su situación legal está en orden en Estados Unidos, que nadie le dio instrucciones para proceder de esa forma y que puede informar libremente quién es el destinatario final de esa suma sin ningún problema legal, cosa con la que -probablemente- no contaba Alvarado. Finalmente no menos importante es la conducta del agente posterior al delito pues Alvarado Moya, en una de las últimas reuniones con los representantes del ofendido directo, a la pregunta de si les iba a pagar se limitó a decir, viendo a los ojos a su interlocutor, que no (tal y como lo dijera Ricardo Rojas) y si bien en algún momento hubo propuestas de entrega de bienes, las mismas eran -al decir de los representantes de la víctima: Gloria Navas y Ricardo Rojas- irrisorias ya que se trataba de inmuebles gravados, de un valor mucho muy inferior a la perdido, etc. Todas estas razones conducen al Tribunal a sostener que la pena merecida por el encartado en este caso no puede ser nunca una pena mínima o baja, sino que ha de ser sancionado con una pena suficientemente alta para que sea proporcional al daño sufrido y a su alto nivel de reproche atendidas las circunstancias narradas sin que quepa, tampoco, imponerle el extremo mayor de la pena (de trece años y unos meses) habida cuenta que es primario tal y como consta en la certificación de juzgamientos de folio 16635 del tomo XXVII principal, a más de que -como suele suceder en los delitos de cuello blanco- se trata de una persona adaptada a las pautas sociales básicas (ha tenido estudios universitarios, se ha desempeñado laboralmente con éxito, ayuda a la comunidad, no tiene problemas de adicciones, tienen arraigo familiar, etc.) en donde el principio resocializador (fundamento de la pena de prisión en nuestro medio conforme lo disponen los artículos 51 del Código Penal y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y entendido, para este caso, como el proceso de concientización sobre las secuelas de sus actos y la necesidad de adaptarse a todas las normas de convivencia humana, incluidas las pautas mercantiles, se lograría con montos inferiores a los extremos superiores. Por ello, imponer ocho años de prisión tal y como lo solicitaran los acusadores, es decir, una pena media (cinco años y unos meses menos de la pena máxima y siete años y unos meses superior a la mínima) se considera adecuado a lo ya narrado y procede decretarse así." (folios 17279-17282). Esto comprueba que no lleva razón la queja del petente. Luego, tampoco nada impedía descartar, con base en el testimonio de la señora Navas Montero, que las propiedades ofrecidas por Alvarado Moya no reunían el valor del daño ni eran confiables, pues no hay elemento alguno (ni el impugnante lo expone) para no dar crédito a ese dicho, que se mostró sólido e informado. En lo tocante a que con los otros dos involucrados se llegó a conciliaciones por el 2 y 2.5% de la suma que se les exigía, no queda claro si es que, nuevamente, el defensor intenta sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus testimonios, cosa que ya fue dilucidada en estas páginas, o que echa de menos que a su cliente no se le confiera el mismo trato, lo cual es netamente comprensible, en virtud de que fue el autor del engaño, quien decidió el destino de los fondos, quien fungía como presidente del Banco Elca y, además, era el dueño



mayoritario del mismo. Entonces, el nivel de intervención y culpabilidad en los hechos era mucho mayor y, como producto de la conciliación, los perjudicados se proveyeron de prueba adicional para establecer la responsabilidad de aquel, lo cual es perfectamente acorde a la ley. No es cierto, por lo demás, que el señor Garber recibiera el pago de los intereses de la suma desviada por Alvarado Moya. Se le pagaron algunos, en el intento de mantener el engaño a flote, mas no todos. Es más, desde que se empezaron a incumplir los contratos, ese señor no recibió más dinero por ese concepto y continúa sin hacerlo. El que pudiera recuperar “ muchos millones de dólares ” (en realidad dos) de las otras operaciones, no significa que no perdiera los tres que fueron objeto de la estafa que nos ocupa. El asunto de cómo narró Ricardo Rojas Rodríguez la respuesta que le dio Alvarado Moya, es algo procesalmente intrascendente, pues aunque tuviera un efecto retórico (lo cual es lícito), a menos que se demuestre que era inverosímil y que llevó a conclusiones irrazonables, lo cual no sucede en este asunto, es algo que carece de interés. En lo que concierne a si la pena de ocho años que se le impuso al imputado por estos hechos es la mitad del rango de ley o no, es un alegato que parte de que la exposición del a quo tiende a ubicarse en ese 50%, cuando lo cierto es que se habla de una “ pena media ”, pero aclarando en el acto que no se hace referencia a los setenta y seis meses aludidos por el defensor, sino a ocho años de prisión, respecto a los cuales se ha desarrollado la valoración punitiva de los Jueces. Esto queda plenamente visible desde el folio 17279 (y se puede leer en la transcripción hecha arriba), en que el a quo dice que no procede imponer ni el máximo ni el mínimo posibles, sentido en el cual se habla de una “ pena media ” más adelante. A partir de allí, y tomando en cuenta todas las circunstancias conducentes del hecho y las condiciones personales del endilgado (incluyendo sus antecedentes públicos), se procede reiteradamente a decir que lo prudente son ocho años de prisión. Por último, si la salud del acusado no es la mejor, ese es un aspecto que puede ser abordado por el letrado de la defensa en la fase de ejecución de sentencia, a fin de asegurar el mejor bienestar posible para su cliente. De igual modo, a pesar de que es lamentable la situación en que quedan los hijos del acusado, al igual que los hijos de cualquier persona privada de libertad, lo cierto es que ese es un elemento cuya importancia palidece y es relativamente leve al comparárselo con la gravedad de los hechos en que incurrió. En consecuencia, ambos son tópicos que no tienen mayor relevancia en la fijación de la pena que el defensor reclama.

VII.- A continuación, reprocha el recurrente que el Tribunal tuvo por demostrado que el señor Alvarado Moya entró en posesión de los certificados de inversión de la familia Herrero Zamora, ordenando su redención anticipada sin que existiera estudio previo, para cancelar un crédito que irregularmente le había concedido a la sociedad anónima Kiona San Francisco. Entonces, dice el petente, mientras que por una parte se lo tiene por no propietario de los títulos, sino como funcionario del banco que autorizó la redención de aquellos, de seguido se dice que él adquirió los títulos y los redimió, para proceder al pago conocido. Todo se resuelve, dice el defensor, observando que media una carta de los dueños de los títulos solicitando su redención anticipada para cancelar las operaciones de crédito de la sociedad arriba citada. Entonces, quien ordena la redención es Francisco Herrero Zamora, y no el acusado. Por otro lado, el mismo señor Herrero dijo que se había revisado los estados financieros de esa sociedad, cuyo crédito iba a asumir a cambio de los certificados de inversión, pareciéndole buenos. En tal dirección también declaró la accionista de la sociedad, señora Elsie Álvarez. De tal forma que no había razones para afirmar que Alvarado Moya había entrado en posesión de esos títulos y había ordenado su redención. Siendo así, se violentó una serie de preceptos legales que debe llevar a casar la sentencia al respecto. Sigue diciendo el impugnante que el artículo 245 del Código Penal sanciona a quien haciendo uso de información privilegiada adquiriera o enajenara valores para beneficio propio o de un tercero, lo cual no sucedió en este asunto, en el que Alvarado Moya no adquirió ni enajenó. Entonces, las mismas razones que llevaron al Tribunal a tener por atípicos algunos hechos, lo llevan a condenar por otros, lo que resulta contradictorio. Finalmente, replica que conforme a la



reglamentación interna del Banco Elca, no había un monto máximo de liquidación anticipada y que el pago de una deuda no amenaza la liquidez de un banco, porque lo que reduce es el pasivo. No es de recibo el reparo. Para poner las cosas en su justa dimensión, conviene recordar que el Uso de información privilegiada está previsto en el artículo 245 del Código Penal, que a la letra dice: “Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años quien conociendo información privilegiada relativa a los valores negociables en bolsa, sus emisores o relativa a los mercados de valores, adquiera o enajene, por sí o por medio de un tercero, valores de dichos emisores con el fin de obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero. Para los efectos de este artículo, se considera como información privilegiada la que por su naturaleza puede influir en los precios de los valores emitidos y que aun no ha sido hecha del conocimiento público” (así adicionado este artículo por el numeral 185, inciso b), de la Ley Reguladora del Mercado de Valores No.7732 de 17 de diciembre de 1997.). En consecuencia, como lo apunta el defensor, es vital para dirimir el reclamo determinar si Alvarado Moya, gracias al dominio de información privilegiada sobre los valores negociables en la bolsa, sus emisores o mercados, enajenó o adquirió valores de dichos emisores con el fin de obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero. Nuevamente para tener a mano lo establecido en el fallo al respecto, conviene transcribir la parte conducente al hecho que se discute. De folio 17328 a 17337, el a quo dijo: “Se acusó y acreditó que durante el transcurso del mes de junio del dos mil cuatro, los señores Francisco Herrero Peñuela, María Elena Zamora Capella, Francisco y Mauricio todos miembros de la familia Herrero Zamora, como inversionistas del Banco Elca, le solicitaron al imputado Carlos Alvarado Moya, la redención anticipada de cuatro certificados de inversión, a saber los N° 200027349, N° 200028337, N° 200027929 y el N° 200026056, cuyo monto global ascendía aproximadamente a seiscientos cincuenta y dos mil setecientos veintiséis dólares con cincuenta y seis centavos (\$652.726.56) y que vencían, los dos primeros, el trece de setiembre del dos mil cuatro, el tercero el siete de abril del dos mil cinco y el último el siete de octubre del dos mil cuatro, negando el imputado tal posibilidad bajo el pretexto de que sería perjudicial para el flujo de caja cosa que, como ya indicamos, no argumentó respecto a las solicitudes de su padre y esposa pero que, en todo caso, denota -una vez más- el conocimiento que él tenía de la situación irregular del banco y de las consecuencias de esas redenciones. En su lugar Alvarado Moya ofreció cambiar dichos certificados de inversión por un “crédito” que, a su favor, tenía el Banco Elca S.A. con la Sociedad Inversiones Kiona San Francisco S.A. por cuatrocientos cincuenta mil dólares y que tenía como garantía prendaria el treinta y cinco por ciento (35%) de las acciones de Financorp Puesto de Bolsa y el treinta y cinco por ciento (35%) de las acciones de Financorp SAFI, propiedad de Alvarado Moya, crédito este aprobado unilateral e irregularmente por Alvarado Moya según se abordará luego (aparte X). El veintiocho de junio del dos mil cuatro, se presentaron al Banco Elca S.A. los hermanos Francisco y Mauricio Herrero Zamora y entregaron a Carlos Alvarado Moya los respectivos certificados de inversión debidamente endosados y firmaron unas notas, que el citado acusado les presentó, en las que se solicitaba al Banco Elca S.A. la redención anticipada de los títulos que hasta entonces les pertenecían. Acto seguido el encartado ordenó la redención anticipada de esos títulos y sus correspondientes intereses y procedió a cancelar el crédito que tenía Inversiones Kiona San Francisco S.A. con el Banco Elca S.A.. Como los señores Herrero Zamora también tenían deudas con dicha entidad el acusado, con el resto del dinero y ante solicitud de ellos, decidió cancelar las operaciones de crédito N° 000300012946, N° 000300012679 y N° 000300012429. Al día siguiente de esa operación fue intervenido el Banco Elca S.A. y, poco tiempo después, también lo fueron las sociedades Financorp Puesto de Bolsa S.A. y Financorp Sociedad de Fondos de Inversión S.A. Como se ha expuesto, no existe ninguna restricción de la SUGEF para que las entidades bancarias realicen cancelaciones anticipadas de certificados de inversión, cuando así lo solicite el cliente. De igual modo corresponde a cada Banco o entidad financiera, regular todo lo referente a ese punto, como en efecto lo hizo el Banco Elca S.A cuando aprobó el "Manual de Políticas de Emisión de Certificados de Inversión" en fecha 15 de abril del 2002. Como parte de los requisitos para esas redenciones se estableció que el inversionista debía solicitar por escrito la cancelación anticipada



de su respectivo título y que las mismas serían autorizadas y aprobadas por la Presidencia, Subgerencia General o Gerencia General, no existiendo limitación en cuanto al monto. También podían consentirlas la Gerencia Financiera y Operaciones, la Jefatura de Servicio al Cliente o Tesorería, la Supervisión de Plataforma de servicios, pero estas sí, con límite en los montos. De lo antes expuesto y siempre conforme al referido "manual" se desprende que para cuando se solicita la redención anticipada de los certificados de inversión a favor de los Hermanos Herrero Zamora en el mes de junio del dos mil cuatro, el imputado Carlos Alvarado Moya, como Presidente Ejecutivo y dueño del Banco Elca S.A sí tenía la posibilidad de redimir anticipadamente los certificados de inversión de la familia Herrero Zamora, sólo que en ésta oportunidad no quiso hacerlo bajo el pretexto de que era una suma de dinero muy alta y que era imposible para el banco. ¿Cómo la redención anticipada de los certificados de inversión (aprobada por el imputado el 28 de mayo del 2004) de su padre que alcanzó una suma total de noventa y nueve millones, seiscientos veinticinco mil, ciento noventa y seis colones con cincuenta y seis céntimos (99,625,196,56), no representó un problema para el banco? Un aspecto que no debemos de obviar es que, como se dijo al analizar la redención anticipada de los certificados de inversión de sus familiares (VII.1), el imputado para la época citada tenía pleno conocimiento del grado de irregularidad en la que se encontraba el Banco por él dirigido. Rescatamos aquí los oficios SUGEF-623-2004 de 17 de febrero del 2004 (folio 50 tomo I), SUGEF 1082/200402588 de 17 de marzo del 2004 (folio 19 tomo I) y el SUGEF 1881-2004 de 13 de mayo del 2004 (folio 93 tomo I), remitidos a Jorge Zamora, en ese entonces Gerente General a.i. de ese ente, a la Junta Directiva del Banco Elca S.A. y a Antonio Saturno Gerente General del banco para el 13 de mayo del año 2004 no pudiendo pensarse que, por estar dirigidos a otras personas, le eran ajenos al dueño y Presidente Ejecutivo de esa entidad bancaria, cuya experiencia en el área financiera le permitía prever a "un futuro muy cercano", las consecuencias negativas de las irregularidades encontradas por las respectivas autoridades de la Superintendencia. Como ya se dijo, los testimonios de Marietta Herrera, José Luis Zamora, Johana Noguera, Edecia Hernández, Martín Bolívar, William Chavarría, Mario Vargas, Manrique López, Roy Araya, Paulo Correa, Walter Alpízar, entre otros testigos, han sido muy claros al describir el ambiente de tensión e incertidumbre que vivieron los empleados del Banco previo a la intervención, de cómo se realizaban reuniones en las que participaba el imputado Alvarado Moya, con la única intención de "tranquilizarlos", de cómo desde antes que se decretara la intervención ya habían funcionarios de la SUGEF en las instalaciones del Banco que estaban dedicados a investigar y detectar las anomalías. Recuérdese por ejemplo lo indicado por Marietta Herrera "...el ambiente en el banco en el primer trimestre del 2004 era muy tenso, habían muchos cambios, a nivel laboral había incertidumbre, se decía que el Banco necesitaba aumentar su patrimonio, se decía de problemas... se habló que venía capital de Venezuela, de una posible compra por un banco más grande, no sabíamos si nos quedaríamos o nos despedirían, se hacían reuniones y se nos informaba, don Carlos participaba activamente, él nos informaba, él se mostraba entusiasta con ese negocio..." y Jorge Luis Zamora "en octubre de 2003 la Sugef evalúa la cartera, se le fue la mano a la SUGEF y nos obligaron a crear una provisión desmedida de 477 millones de colones adicionales a la que ya teníamos que era de 570 millones. La provisión mínima requerida era de 1100 millones de colones. Seguimos los caminos y no hubo forma de cambiar eso. Esa situación obligaba al Banco, si se creaba la provisión, a salir con resultados negativos y para cumplir el plan de salvamento y salir con riesgo normal la cartera de crédito tenía que subir una barbaridad. Don Hernán no estaba. Se le presentó a don Carlos la situación." Todo esto para reafirmar, una vez más, que no es cierto -cómo se ha insistido- que el imputado Carlos Alvarado Moya ignorara la mala situación que estaba atravesando el Banco Elca, así como que desconociera que la SUGEF estuviera realizando estudios a fin de detectar el o los motivos que precisamente llevaron, tiempo después, a que se ordena su intervención. Valga aclarar que el tema aquí no es si el imputado Carlos Alvarado podía o no aprobar y firmar la solicitud de redención anticipada que habían solicitado los hermanos Herrero Zamora (que ya se dijo atrás que si) sino, precisamente, el "uso de información" que utilizó para beneficiarse indebidamente pues, si bien es cierto no aprobó en un



primer momento la solicitud que se le hiciera a favor de los propios inversionistas, si aceptó hacer un cambio, consistente en que los hermanos Herrero Zamora le entregaran los cuatro certificados de inversión que tenían en el banco por un monto aproximado de seiscientos cincuenta y dos mil setecientos veintiséis dólares, con cincuenta y seis centavos (\$652.726.56) y él, en su lugar, les entregaba un crédito que el Banco Elca S.A. en fecha 31 de mayo del 2004 le había conferido a la Sociedad Inversiones Kiona S.A. por un monto de cuatrocientos cincuenta mil dólares (\$450.000), cuya garantía consistía en el 35% de las acciones de Financorp Puesto de Bolsa S.A y el 35% de las acciones de Financorp Sociedad administradora de Fondos de Inversión siendo que, una vez aceptada la propuesta, el imputado inteligentemente procede, ahora sí, a cancelar anticipadamente esos cuatro certificados de inversión y con el dinero producto de esa redención, no sólo cancela tres operaciones de crédito que la familia Herrero Zamora y sus empresas tenían con el Banco Elca sino que también se apura para cancelar el crédito que, en forma irregular, él mismo había otorgado a Inversiones Kiona S.A (éste punto será abordado más adelante). Es precisamente esta maniobra lo que se le cuestiona, pues resulta más que claro el objetivo que persiguió al "adquirir" por ese medio los certificados de inversión de la familia Herrero Zamora. Ahora bien, pasemos entonces al examen de la prueba relacionada con los hermanos Herrero Zamora y que, en definitiva, nos viene a corroborar lo afirmado líneas atrás. Nos dice el señor Francisco Herrero Zamora, que él y su familia eran clientes del Banco Elca tanto a título personal como a nombre de sus empresas Industria Textil, Industria Ella S.A, Dulce Cuidado S.A. e Importaciones Herrero. Tenían, en dicha entidad, los certificados de inversión N° 200027349, N° 200028337, N° 200027929 y N° 200026056, que vencían el 13 de diciembre, 13 de setiembre del 2004, 07 de abril del 2005 y 07 de octubre del 2004, respectivamente. De igual modo sus empresas habían adquirido los créditos N° 000300012946, N° 000300012679 y N° 000300012429 en el mismo Banco Elca. Hace ver que para el primer semestre del dos mil cuatro, las inversiones que tenían eran de aproximadamente trescientos sesenta mil dólares (\$360.000) y ciento diez millones de colones (110.000.000 colones). Señalando que cuando se escucharon los rumores de que el banco andaba mal (que, por tanto, si eran del conocimiento público con mayor razón conocía su Presidente Carlos Alvarado), decidió buscar a Carlos Alvarado para que redimieran los certificados que tenían, aunque perdieran un porcentaje del valor, pero éste les dijo que no era posible porque la suma era muy alta, diciéndole que se quedara tranquilo porque habían dos o tres ofertas de compra del banco, una de un grupo mexicano y otra de un banco americano. Sigue diciendo el testigo "Le insisto y lo que me dijo era que cambiáramos las inversiones por créditos sanos en otras empresas, me ofrece un crédito de Inversiones Kiona por cuatrocientos cincuenta mil dólares y tenía como garantía el 66% las acciones de Financorp puesto de bolsa y Financorp, me dio balances del mes anterior, los estudié, los balances reflejaban información muy agradable". Razones por las que al final decide aceptar la propuesta de Carlos Alvarado en el entendido de que la dueña de la Sociedad Inversiones Kiona S.A., señora Elsie Álvarez, le daba un primer abono de ciento veinte mil dólares (\$120.000), que las operaciones de crédito de sus empresas se cancelaran y, con el resto que sobraba, se haría el canje de sus inversiones por el crédito de Inversiones Kiona S.A.. Todo esto sucede el 28 de junio del 2004. Sin embargo, al día siguiente se ordena la intervención del Banco Elca S.A. y posteriormente se extiende la intervención a otras entidades relacionadas con la Corporación Elca S.A. como Financorp Puesto de Bolsa y Financorp Puesto de Fondos de Inversión perjudicándose, en consecuencia, los intereses de la familia Herrero Zamora. Resulta de interés la testigo Elsie Álvarez Agüero quien laboró para Financorp desde el año de 1996 hasta agosto del 2004, no sólo porque tiene relación directa con las negociaciones de don Carlos Alvarado alrededor de las redenciones de los certificados de inversión de la familia Herrero Zamora sino porque, también, aclara puntos con respecto a la sociedad Inversiones Kiona S.A. que también son importantes en el tema de las operaciones back to back (sobre lo que se volverá en el aparte X). Señala que en alguna oportunidad Carlos Alvarado le sugirió que comprara el 5% de Financorp puesto de bolsa, por lo que Bancrecen le otorgó un crédito a través de una sociedad que ella compró llamada "Inversiones Kiona S.A.", préstamo que todavía está pagando. Para el 2004 el



imputado le manifestó que los venezolanos -en el punto X de la sentencia se destaca ese hecho como parte del "plan de salvamento" del Banco Elca- ya no estaban interesados en comprar el Puesto de bolsa ni el de Fondos de inversión y le ofreció vender el 50% de las acciones de Financorp, diciéndole que el Banco le podía prestar como cuatrocientos cincuenta mil dólares (\$450.000) y que una sociedad de él, denominada Santa Damiana, le prestaría el resto. La compra se hizo a nombre de Inversiones Kiona y las acciones de Financorp Puesto de Bolsa y Puesto de Inversiones se dieron como garantía, en total la obligación sumaba aproximadamente novecientos mil dólares. El deudor era, entonces, Inversiones Kiona que no tenía cuenta corriente y tuvo que abrirse una en el Banco Elca y ahí se desembolsaron los dos préstamos. En relación con los certificados de inversión de la familia Herrero Zamora es importante resaltar textualmente lo siguiente "en algún momento don Carlos me habló que estaba reuniéndose con el superintendente de bancos y que le objetaba el crédito que se le dio a Inversiones Kiona, le pregunté por qué si estaba respaldado por acciones y me dijo que insistían que Inversiones Kiona cancelara ese crédito porque si no lo iban a calificar mal y provisionar el dinero, me dio una angustia terrible pero le dije que no podía pagar de la noche a la mañana y me dijo que había un cliente del banco en diversas cosas que estaba dispuesto a comprarle al banco el crédito, que quería ver los estados financieros de Financorp fui al banco, me reuní con esa persona Francisco Herrero, le llevé estados financieros de ambas sociedades, me dijo que lo iba a pensar, estaba acompañado de su asesor, no sé si financiero o abogado y muy cerca de eso don Carlos me dijo que su cliente había aceptado firmar el crédito, yo seguía siendo una deudora, a quien le debiera era indiferente. Firmé el crédito con esa persona, las acciones quedaban liberadas del fideicomiso de banco Elca y quedaban al nuevo acreedor de Kiona." Véase aquí claramente por qué a Carlos Alvarado, para el 28 de junio del 2004, le era ya urgente conseguir dinero para cancelar el crédito otorgado -irregularmente- a doña Elsie (es decir, para evitar una reclasificación del préstamo que implicaba aumento en las provisiones), y la manera más fácil de obtenerlo fue adquiriendo los certificados de inversión de la familia Herrero pues, de otra forma, no tenía dinero para hacerlo. Con relación al crédito otorgado el 31 de mayo del 2004 a la sociedad Inversiones Kiona San Francisco S.A. -nombre jurídico completo- cuya representante legal y apoderada generalísima sin límite de suma es Elsie Álvarez Agüero, debe hacerse la siguiente observación. Según han señalado algunos testigos, sobre todo ex servidores del Banco Elca, la aprobación de un crédito debía pasar primero por un comité de crédito que se reunía todas las semanas y que estaba conformado por Carlos Alvarado, Javier Filloy, Hernán González, por el jefe de crédito y el jefe de la gerencia de negocios. Así nos dice Jorge Luis Zamora que los casos eran preparados por los ejecutivos de negocios y se pasaban primero por un pre comité un día antes de la reunión semanal, ese día se llevaba todo lo tramitado por los ejecutivos y se circulaba la carátula de crédito con la parte resolutive y se estampaban las firmas de los presentes para que así el crédito quedara aprobado, luego vendría el proceso de formalización. Señala que en algunas oportunidades una solicitud de crédito podía circular entre los diferentes niveles aprobatorios sin que estuviera reunido el comité de crédito pero que ello no significaba el incumplimiento de los procedimientos, de hecho en la sesión siguiente del comité debían incluirse las respectivas actas de aprobación. Hace ver que para el 2004 habían créditos que no pasaron por el comité de crédito y eran firmados solamente por don Carlos o don Hernán y a veces por los dos. Con respecto al crédito de Inversiones Kiona indica que, dentro de las operaciones irregulares con las que él se encontró, fue la formalización de un crédito que el imputado Carlos Alvarado tramitó directamente a nombre de una empresa de Elsie Álvarez que se canceló quince o veintidós días antes para que no saliera en los enredos de la SUGEF y eso no fue al comité de crédito. En igual sentido el testigo Martín Solano nos habla de la existencia de un comité de crédito que estudia las diferentes solicitudes de crédito y luego debe tomar una decisión colegiada; hace mención -como dato importante- de la jerarquía de firmas que podían ser calificadas como A o como B, en su caso personal era firma B y no tenía la facultad de aprobar un crédito por sí; el imputado Carlos, don Javier y don Hernán según su versión, eran firmas clase A. De tal forma que un crédito se podía aprobar con una firma A y una firma B, con dos firmas A, o

tres firmas A según los reglamentos pero, de hecho, bastaba una firma A “más si venía de don Carlos o don Hernán, es muy probable que se hiciera, en un Banco si la persona de mayor jerarquía lo ordena uno no se puede oponer si no lo despiden.” El testigo Hernán González Peña también se refiere, en su amplia declaración, al comité de crédito y a las firmas que se requerían para la aprobación de un crédito, señaló “Los créditos eran sometidos al Comité de Crédito previo análisis del área respectiva, el comité sesionaba los martes, estaba integrado por funcionarios de cierto nivel del banco con Zamora, Filloy, el jefe de cobro, de crédito, ejecutivos de cuenta, Esteban Chacón, Alvarado y yo, se firmaban los documentos de crédito aprobando o rechazando. Normalmente habían firmas tipo A y tipo B y creo que hasta de tipo C porque el comité a veces no sesionaba en pleno y se requerían dos firmas A y una B ó tres B y una A, ahorita no recuerdo cómo era la mezcla, pero si había una composición para aprobar los créditos. Todos los miembros del comité teníamos participación para firmar, la mía era tipo A. No es necesario que todos estén juntos para aprobar un crédito, a veces se aprobaban como comité circulado, se iba uno por uno a los que estaban presentes. Normalmente era el ejecutivo de cuenta quien lo hacía circular o el jefe de crédito en créditos empresariales. Recogidas las firmas el expediente regresaba al departamento de negocios o de crédito personal y luego se coordinaba la formalización.” Nuevamente el testigo Mario Vargas Aguilar se refiere al comité de crédito, indicando que se reunía cada semana y se hacía un estudio, se discutía si se aprobaba o no. En cuanto a los integrantes menciona a Carlos Alvarado y a Javier Filloy, en dicho comité se hacía una carátula con todos los detalles de la operación, pero habían créditos que, a pesar de no reunir los requisitos, se aprobaban por simple orden de la Presidencia o la Gerencia porque ellos decían que “eran clientes importantes y que posteriormente ellos recolectarían los documentos.” Se trataba de créditos que no cumplían los requisitos mínimos, que a veces no tenían garantía. Indica que la categoría del crédito es asignada por el analista financiero, pero en esos créditos la categoría ya venía asignada en la carátula. Al igual que los anteriores testigos alude al comité circulado con relación a créditos que eran urgentes o por el tipo de cliente que se tramitaban con falta de firmas, mismas que después serían recogidas. Contamos también con la declaración de Esteban Chacón Solís, ex directivo del Banco quien indicara “Si tuve conocimiento de créditos que no se aprobaron como yo indiqué, podía ser por la premura porque el comité se reunía una vez por semana, me parece que se llamaba “comité circulado”, se solicitaba una carátula de crédito que circulaba en mandos medios del banco. Con una sola firma creo que no se podía hablar de comité circulado, creo que había un reglamento de la cantidad de firmas que debía llevar un documento”. Señala que tenía que haber una combinación de firmas, por ejemplo la del gerente de crédito, más la del jefe de crédito y don Carlos. Por su parte don Oscar Rodríguez, en su condición de Superintendente de actividades financieras, en relación al tema del crédito otorgado a Inversiones Kiona San Francisco S.A. manifestó que ésta operación denotaba un alto riesgo porque, de acuerdo al análisis de capacidad de pago, esta sociedad quedó con un endeudamiento de un 80% y sólo podía pagar intereses y no el principal (pues ha de recordarse que el préstamo dado a Elsie Álvarez para que ella efectuara la adquisición era “mientras” ella podía ubicar inversionistas que hicieran la adquisición de esas sociedades, según ella dijo). Agregó el superintendente que la política de aprobación de créditos es propia de cada entidad, que la SUGEF no la puede imponer pero que si exige existan políticas claras, que según la normativa interna del banco se requería una combinación de firmas para la aprobación y que, en el caso del Banco Elca, a veces no se cumplía con esa exigencia. Las declaraciones traídas a colación nos vienen a aclarar cuál era la política a seguir para la aprobación de un crédito mismas que, en el caso de Inversiones Kiona San Francisco S.A., no se siguieron ya que dicha operación bajo el N° 300012945, fue aprobada únicamente por el imputado. Recuérdese que el mismo Carlos es quien le dice a doña Elsie que el Banco le podía prestar cuatrocientos cincuenta mil dólares (\$450.000) y que una sociedad de él –Santa Damiana- le prestaría el resto para que así ella pudiera comprar el 70% de las acciones de Financorp, operación que cancela el 29 de junio cuando ya había adquirido los certificados de inversión de la familia Herrero Zamora. Lo narrado hasta aquí nos permite esbozar dos hechos independientes: por una parte la aprobación irregular

del crédito a favor de Inversiones Kiona S.A. que hizo el imputado, hecho que -como se indicará- es uno más de los que integra el delito de administración fraudulenta que se le viene endilgando y, por la otra, la redención anticipada de los certificados de inversión de los hermanos Herrero, sin ningún estudio sobre el impacto que eso tenía sobre las menguadas finanzas del Banco Elca S.A. para esa fecha, con el fin de, con ese dinero de esa forma adquirido y sabiendo la información de escasa circulación sobre las gravedad de las finanzas de la entidad que dirigía, poder cancelar aquel crédito otorgado unos días antes. Las consecuencias jurídicas de ello, tanto como de las otras redenciones, se analizarán enseguida. ” De forma que queda patente que la maniobra desarrollada por Alvarado Moya estuvo precedida por una actuación anómala de su parte, como fue la concesión de un crédito a doña Elsie Álvarez Agüero, a la cual le había ofrecido vender el 50% de las acciones de Finacorp. Cuando esta le dijo que no tenía dinero, aquel le ofreció darle un préstamo de 450.000 dólares por parte del Banco Elca y el resto por parte de una sociedad suya, denominada Santa Damiana. El crédito, contrario a la normativa interna del banco, lo concedió individualmente el acusado a Inversiones Kiona de San Francisco, la cual quedó como deudora y dio como garantía las acciones de Finacorp. Después de esto, el acusado necesitaba cancelar el crédito irregular que la había concedido a esta última sociedad, para lo cual se valió de los certificados de la familia Herrero Zamora. Con ese objetivo, al presentarse los titulares de esos certificados a solicitar su redención, Alvarado Moya les dijo que no era posible, porque afectaría el flujo de caja (a contrapelo de lo que ahora argumenta el recurrente). Como alternativa, y a sabiendas de la precaria situación de la entidad bancaria por las fuentes que enumera el fallo, les ofreció a cambio de los títulos un crédito que el Banco tenía por cuatrocientos cincuenta mil dólares con la Sociedad Inversiones Kiona San Francisco S.A. y que tenía como garantía prendaria el treinta y cinco por ciento (35%) de las acciones de Finacorp Puesto de Bolsa y el treinta y cinco por ciento (35%) de las acciones de Finacorp SAFI, negocio en el que estuvieron de acuerdo. Fue cuando los hermanos Herrero Zamora se presentaron al banco a hacer entrega de los certificados de inversión endosados, que Alvarado Moya les presentó las notas solicitando la redención, a pesar de que antes les había dicho que no era posible. Luego, el propio acusado ordenó la redención usando dichas notas y canceló con el producto el crédito irregular ya mencionado. Al día siguiente, tanto el banco como las sociedades Finacorp fueron intervenidas. En suma, hasta aquí se tiene que Alvarado Moya empleó información privilegiada que tenía sobre la situación de los valores bursátiles de Elca y Finacorp, así como de sus emisores. Ahora viene resolver si es que, en procura de un beneficio injusto, ese endilgado procedió a adquirir o enajenar, valores de dichos emisores. La respuesta es positiva. Para encubrir sus actuaciones anómalas, tenía que cancelarlas antes de que salieran a la luz, sobre todo cuando era inminente la intervención del Banco Elca. Para ello, como dijo el Tribunal “...la manera más fácil de obtenerlo fue adquiriendo los certificados de inversión de la familia Herrero pues, de otra forma, no tenía dinero para hacerlo.” En otras palabras, adquirió los certificados de inversión de los Hermanos Herrera Zamora, los mismos que antes había rechazado redimir, pues ese acto era perjudicial al flujo de caja; pero que ahora, una vez que los había conseguido, procedió a cambiar y a cancelar el préstamo que él mismo había otorgado a la sociedad de la señora Álvarez Agüero para que le comprara acciones de otras sociedades suyas (de Alvarado Moya). En síntesis, sí hubo un uso de información privilegiada en los términos de la legislación antes referida. Sin lugar al motivo.

VIII.- En el siguiente motivo, se recrimina que cuando se atribuye el uso de información privilegiada, se requiere que esta sea un dato concreto, y no una suposición. En el caso de los señores Herrero Zamora, la información no era privilegiada, pues estos solicitaron la redención de los certificados cuando escucharon un rumor sobre la mala situación del Banco Elca, de modo que era de carácter público. Dice el defensor que en todo el fallo no se dice cuál es la información que se estima privilegiada. En ese sentido, transcribe algunos párrafos de la resolución, de los cuales afirma que no se puede inferir que se estuviera ante información privilegiada. Lo que sucedió, fue que los



señores Herrero Zamora, ante comentarios sobre el fracaso de las conversaciones del Banco Elca con un grupo de venezolanos para que lo compraran, prefirieron cambiar sus títulos, siendo a que la alternativa ofrecida por el justiciable de adquirir un crédito de una compañía que no mostraba problemas financieros, era un negocio plenamente legal. No es de recibo el motivo . Para empezar, no es cierto que la sociedad Kiona de San Francisco tuviera la situación solvente que se sugiere ahora. Alvarado Moya sabía que, para poder comprar las acciones de Financorp, había tenido que obtener un préstamo por la totalidad de su valor, quedando con un endeudamiento del 80%, y pudiendo sólo pagar intereses y no el principal. Luego, el hecho de que se escucharan rumores o comentarios públicos acerca de la situación del Banco Elca, no comporta ni mucho menos que su situación interna fuera de dominio público, como plantea el defensor. Fuera del banco, podía existir la sensación o el comentario de que las cosas no andaban bien. Pero de allí a manejar la situación interna, con sus montos, puntos de debilidad o eventuales fortalezas, salidas posibles o cerradas, alternativas liquidatorias y, sobre todo (por ser lo atinente al caso), irregularidades que encubrir y la inminencia de una intervención que se cernía en vista de las reiteradas advertencias de la SUGEF, esos eran todos aspectos de dominio de muy pocas personas y, principalmente, de Alvarado Moya. De ahí que el haber efectuado las transacciones ya explicadas en el considerando precedente, valiéndose de su conocimiento de tales vicisitudes, era efectivamente un uso de información privilegiada.

IX.- En el noveno motivo, indica el defensor que en el hecho probado 42, el Tribunal tuvo por acreditadas las pérdidas para el banco a raíz del préstamo concedido a favor de la compañía Inversiones Tres Mil Sociedad Anónima, propiedad de Javier Filloy Esna. Luego, empleando diversas personas jurídicas, sostuvo el a quo, Alvarado Moya logró sustraer los novecientos mil dólares de aquel préstamo. Dice el defensor que aseverar que se “ saqueó ” el banco por ese monto, está en contradicción con los hechos probados que van del 47 al 56, en los que se consigna que tales fondos se unificaron en la cuenta operativa de Bosques de Ayarco sociedad anónima, y regresaron al banco. “Lo que ocurrió, como puede verse, si se aplican las reglas de la lógica y de la administración, no es un saqueo sino una operación contable, con el propósito de disminuir la morosidad de la cartera del Banco...” , argumenta el quejoso. Al percatarse de que un crédito pierde las garantías, es preferible darle un poco más de plazo, para que no pase a ser una pérdida. Las nuevas operaciones, en consecuencia, al contar con plazos nuevos, permitían que la cartera del Banco no se deteriora tanto; mas no constituían una pérdida, la cual sólo provenía del préstamo otorgado a Inversiones Tres Mil. Pensar lo contrario, es acoger la versión de González Peña, en cuanto a que Filloy Esna le prestaba sus sociedades a Alvarado Moya para que obtuviera dinero. Por otra parte, en lo que toca a los créditos irregulares que se gestionaron a nombre del señor Broitman, la pérdida surgió del primer crédito que con toda normalidad se le dio (posterior a lo cual no hubo ningún egreso), no en las dos prórrogas autorizadas por el endilgado y en que al final el crédito apareciera a nombre de Santa Damiana sociedad anónima, entidad perteneciente al justiciable. No hubo, en síntesis, apropiación alguna de dinero por parte de Alvarado Moya. No es atendible el reparo . Nuevamente, dada la profusión de movimientos y la complejidad global de la situación, conviene transcribir lo que el fallo estableció al respecto. De folio 17346 a 17358, los Jueces indicaron: “Se acusó que el veintidós de abril de 2003s (sic) Javier Filloy presentó ante el Banco Elca S.A. una solicitud de préstamo a favor de su sociedad Inversiones Tres Mil S.A. por la suma de ochocientos veinticinco mil dólares (\$ 825.000.00). Como garantía se ofrecieron cuatro certificados de inversión que poseía en el Banco Elca S.A. el inversionista, Michael Andrew Carabetta a nombre de Inversiones Savinelli S.A. que representaban la suma total de un millón de dólares (\$1.000.000.00) y vencían el 21 de julio del 2003. Al vencimiento de los certificados, estos se renovaron por los certificados N° 000200025319 y N° 000200025320 por un valor cada uno de cuatrocientos veinte mil colones que vencerían hasta el veintiuno de julio del dos mil cuatro, sin embargo antes de su vencimiento fueron redimidos anticipadamente, presuntamente por Alvarado

Moya, dejándose sin garantía la obligación contraída por Inversiones Tres Mil. El crédito se aprobó bajo la operación N° 300011698, el veintinueve de abril de 2003 se giró un desembolso inicial de ochocientos mil dólares girado a favor de Filloy como representante de la sociedad Inversiones Tres Mil S.A.. Estos hechos fueron objeto de una conciliación en la causa TP 06-0027-515 del Juzgado Penal de éste circuito, por lo que no serán conocidos o juzgados en esta sentencia pero sirven de contexto para determinar lo acaecido después. Con el fin de cancelar el crédito aprobado a favor de Inversiones Tres Mil S.A. se acusó y acreditó que Carlos Alvarado Moya, entre el veinticinco y el veintiséis de febrero de dos mil cuatro, aprobó unilateralmente -en su calidad de máximo jerarca del Banco ELCA S.A.- cinco créditos directos a favor de las sociedades Punta Palmira PP S.A., Bauza Casa Grande S.A., Por Larrañaga S.A., La Gloria Cubana S.A. y Mobiliaria Activa Dos Mil Ocho S.A. mismas en las que Carlos Alvarado figuraba como su socio constituyente, presidente y apoderado generalísimo sin límite de suma y a las que otorgó créditos que sumaban en total la suma de novecientos cinco mil dólares (\$905.000.00); una vez confeccionados los respectivos cheques de gerencia a nombre de cada una de las sociedades, fueron acreditados en una cuenta denominada "cheques de gerencia", posteriormente son reversados por Alvarado para proceder a emitir otros cinco cheques de gerencia por el mismo monto pero a favor de la Sociedad Bosques de Ayarco, cuenta que tenía en el Transamerica Bank & Trust Ltd. (offshore del Banco Interfin S.A. en las Bahamas), estos nuevos cheques se depositan en una cuenta denominada "acreedores varios". El día veintisiete de febrero de 2004 la sociedad en cuestión emitió el cheque N° 3260 por ochocientos once mil ochocientos treinta y cinco dólares con sesenta y siete centavos (\$811.835.67) a favor de la sociedad Inversiones Tres Mil que se acredita en la cuenta de la sociedad Grupo Prisma Asem S.A. (propiedad de Javier Filloy) en el Banco Elca. Ese mismo día, en el Banco Elca S.A. emitió la Nota de Débito N° 77732 de la cuenta corriente del Grupo Prisma Asem S.A., para ser aplicada a la cancelación de la Operación de Crédito N° 300011698 a nombre de Inversiones Tres Mil S.A. Los cinco créditos que otorgó Carlos Alvarado Moya el veinticinco y el veintiséis de febrero de 2004 a las sociedades ya mencionadas fueron reclasificados por la SUGEF como "incobrables o de un valor de recuperación sumamente bajo" en perjuicio del Banco Elca S.A.

VIII.1 Análisis probatorio en relación con Carlos Alvarado Moya: Debe indicarse que la prueba que pasaremos a examinar en éste aparte, sobre todo la testimonial, también guarda relación con los otros temas que se han analizado y se analizarán en otros considerandos, de ahí que pueda parecer reiterativa, cuando en realidad no resulta así. Por el contrario es prueba que, por venir de ex empleados del Banco Elca, abarca distintos tópicos de la acusación que han quedado acreditados. De lo expuesto anteriormente, el tribunal logra determinar cinco circunstancias fundamentales: (i) el representante legal y apoderado generalísimo sin límite de suma de la Sociedad Inversiones Tres Mil S. A es el señor Javier Filloy Esna. El 28 de abril de 2003 se aprobó a favor de esta persona jurídica la operación N° 300011698 por la suma de ochocientos veinticinco mil dólares (\$825.000.00), siendo la garantía del préstamo varios certificados de inversión que tenía el señor Michael Carabetta a nombre de Inversiones Savinelli S.A por la suma total de un millón de dólares; (ii) el imputado Carlos Alvarado Moya como Presidente Ejecutivo y dueño del Banco Elca, entre el 25 y 26 de febrero del 2004, en forma unilateral aprueba cinco créditos por un monto total de novecientos cinco mil dólares (\$905.000.00) a favor de cinco sociedades controladas por él (ver tomo XI folios 4731 y siguientes, 4749 y siguientes, 4764); (iii) los dineros de esos créditos provinieron de los fondos del Banco Elca, siendo finalmente depositados en una cuenta a nombre de Bosques de Ayarco S.A que el acusado Alvarado tenía en el Transamérica Bank & Trust Ltd en Bahamas; (iv) con esos dineros Alvarado canceló el crédito otorgado a la sociedad Inversiones Tres Mil S.A, propiedad de Javier Filloy; (v) todos los créditos de las cinco sociedades fueron declarados por la SUGEF como "incobrables". Lo anterior se ha logrado acreditar gracias a las declaraciones de los testigos que nos aprestamos a examinar. Sin embargo, de previo es importante recordar que en el Banco Elca funcionaba un "comité de crédito" que, previo a cualquier aprobación de un crédito, estudiaba las solicitudes y verificaba que se cumplieran los requisitos exigidos, todo lo cual se comprimía en lo que los testigos han denominado "carátulas de crédito".



Así rescatamos, por ejemplo, lo declarado por Hernán González Peña cuando dice “Los créditos eran sometidos al Comité de Crédito previo análisis del área respectiva, el comité sesionaba los martes, estaba integrado por funcionarios de cierto nivel del banco con Zamora, Filloy, el jefe de cobro, de crédito, ejecutivos de cuenta, Esteban Chacón, Alvarado y yo, se firmaban los documentos de crédito aprobando o rechazando. Normalmente habían firmas tipo A y tipo B y creo que hasta de tipo C porque el comité a veces no sesionaba en pleno y se requerían dos firmas A y una B ó tres B y una A, ahorita no recuerdo cómo era la mezcla, pero si había una composición para aprobar los créditos. Todos los miembros del comité teníamos participación para firmar, la mía era tipo A. No es necesario que todos estén juntos para aprobar un crédito, a veces se aprobaban como comité circulado, se iba uno por uno a los que estaban presentes. Normalmente era el ejecutivo de cuenta quien lo hacía circular o el jefe de crédito en créditos empresariales. Recogidas las firmas el expediente regresaba al departamento de negocios o de crédito personal y luego se coordinaba la formalización.” En igual sentido Jorge Luis Zamora Varela, cuando señala que el comité de crédito debía tomar las decisiones sobre las solicitudes de crédito que se presentaban; que los casos eran preparados por los ejecutivos de negocios que un día antes de la reunión del Comité los llevaban a un “precomité”. Con relación al expediente o carátula de crédito nos dice “Un expediente de crédito, materialmente, tiene los antecedentes del cliente, la solicitud, la investigación que se debe hacer, los datos de referencias bancarias, de la SUGEF, la portación de los estados financieros, flujos de caja, proyecciones, estudios de factibilidad, el análisis que una oficina del banco le hace al expediente, refrendado por un analista financiero quien da la recomendación. Contiene la parte de garantía y en la carátula se hace un resumen. Una copia simplificada estaba en el área de desembolsos.” A este testigo se le mostró el legajo de prueba N° 33 referente a la formalización crédito Punta Palmira S.A y dijo que no lo podía describir como un expediente de crédito porque no reunía las características, no había información financiera, no se indicaba de quién es la garantía fiduciaria, no se indica quién da el aval, hay una carátula aprobada por don Hernán y don Carlos pero las demás carátulas no llevan la firma de nadie, en igual sentido con el legajo de prueba N° 31 perteneciente a formalización Bauza Casa Grande S.A. que es un “machote” que se usa cómo carátula de crédito para llevar al comité de crédito. Otro testimonio sobre ese punto es el de Martín Solano cuando refiere que el comité de crédito estudiaba los casos y luego tomaba una decisión colegiada, existiendo una jerarquía de firmas que se clasificaban como A, B o C. Asimismo, don Mario Vargas Aguilar hace ver que en el comité de crédito se hacía un acta de los créditos aprobados, luego se hacía una carátula de crédito que contenía todos los detalles de la operación. Un aspecto importante es lo referente al denominado “comité circulado de firmas” al que han hecho mención gran parte de los testigos, así por ejemplo don Jorge Luis Zamora nos dijo que “se podía circular una solicitud de crédito a los diferentes niveles aprobatorios sin que estuviera reunido el comité de crédito según las necesidades. Eso significa que no iba al seno del comité para ser aprobado pero ello no permitía la falta de cumplimiento de alguno de los procedimientos que la SUGEF establece para la aprobación del crédito y en la sesión siguiente se incluían en las actas de aprobación.” Don Hernán González Peña al respecto indicó que todos los miembros del comité de crédito que participaran tenían que firmar, pero que no era necesario que todos estuvieran juntos para aprobar un crédito, que a veces se aprobaban como “comité circulado”, es decir que el ejecutivo de cuenta ponía a circular el documento y una vez que se recogían todas las firmas el expediente regresaba al departamento de negocios o de crédito personal y luego se coordinaba la formalización. Mario E. Vargas y Esteban Chacón también se refieren en sus testimonios al comité circulado al decir, el primero, que habían créditos urgentes que se tramitaban con falta de firmas, que posteriormente se recogían, mientras que don Esteban nos dice que correspondía al ejecutivo de crédito como representante del cliente ante el banco, hacer circular el respectivo expediente de crédito. Todo esto es atinente a resaltar que un crédito no se podía aprobar así como así, sino que necesariamente tenía que ser conocido por un comité de crédito, es decir por cada uno de los miembros que lo conformaban y que, de acuerdo a los testigos, eran el mismo Carlos Alvarado, Jorge Luis Zamora, los jefes de cobro y crédito, los

ejecutivos de cuentas, Esteban Chacón y Hernán González y que, de igual forma, dichos documentos requerían ser firmados por todos ellos en el mismo momento de su aprobación o posteriormente mediante el trámite de “comité circulado”, lo que no exoneraba que, en la sesión siguiente del Comité, esos créditos otorgados circuladamente se incorporaran al acta, lo que no sucedía con ninguno de los aquí tratados según tales testigos. De importancia resulta la existencia de diferentes clases de firma de los miembros del comité, que se requerían para la aprobación de un crédito y que se encontraban condicionadas según el monto a aprobar, así por ejemplo la firma clase A era la del Presidente Ejecutivo, es decir la de don Carlos Alvarado, la de don Hernán González y la de Javier Filloy, firma B era la de Jorge Luis Zamora, la del gerente de negocios, la del jefe de crédito y la del jefe de análisis financiero, determinándose que necesariamente debía haber una mezcla de firmas para la aprobación de un crédito o varias tipo A pero nunca una sola, según los manuales, aunque -como se ha indicado atrás- Alvarado había gestionado una práctica contra ellos aprobando créditos con su sola firma. Lo anterior se puede corroborar con los testimonios ya citados. Pasamos ahora a lo concerniente a la aprobación de los créditos a favor de las sociedades propiedad o relacionadas con el imputado Carlos Alvarado, todas debidamente inscritas ante el Registro Nacional Sección Mercantil según indican las certificaciones de personería de ellas constantes en autos. Así el 25 de febrero de 2004 Carlos Alvarado Moya aprobó un crédito directo a favor de Punta Palmira PP S.A. por doscientos cinco mil dólares (\$205.000.00) que -luego de rebajado el rubro correspondiente por comisiones- originó el cheque de Gerencia de Banco Elca S.A. N° 15045 por doscientos tres mil cuatrocientos cincuenta y dos dólares con cincuenta centavos (\$203.452.50); el 25 de febrero del 2004 aprobó un crédito directo a favor de Bauza Casa Grande S.A. por ciento cincuenta mil dólares (\$150.000.00) -que luego de rebajado el rubro correspondiente por comisiones- originó el cheque de Gerencia de Banco Elca S.A. N° 15046 por ciento cuarenta y ocho mil ochocientos sesenta y cinco dólares (\$148.865.00); el 25 de febrero aprobó un crédito directo a favor de Por Larrañaga S.A. por ciento setenta y cinco mil dólares (\$175.000.00) que -luego de rebajado el rubro correspondiente por comisiones- originó el cheque de Gerencia de Banco Elca S.A. N° 15047 por ciento setenta y tres mil seiscientos setenta y siete dólares con cincuenta centavos (\$173,677.50); el día 26 de febrero de 2004, aprobó un crédito directo a favor de La Gloria Cubana S.A. por ciento noventa mil dólares (\$190.000.00), que -luego de rebajado el rubro correspondiente por comisiones- originó el cheque de Gerencia de Banco Elca S.A. N° 15049 por ciento ochenta y ocho mil quinientos cuarenta y nueve dólares con diecisiete centavos (\$188.549.17); el 26 de febrero de 2004 aprobó un crédito directo a favor de Mobiliaria Activa Dos Mil Ocho por ciento ochenta y cinco mil dólares (\$185.000.00) que -luego de rebajado el rubro correspondiente por comisiones- originó el cheque de Gerencia de Banco Elca S.A. N° 15048-4 por ciento ochenta y tres mil quinientos ochenta y siete dólares con ocho centavos (\$183.587.08); debe decirse que todos los créditos fueron aprobados unilateralmente por el imputado Carlos Alvarado Moya, sin observar los procedimientos establecidos conforme se ha explicado ya. Al respecto indicó Jorge Luis Zamora que para el año 2004 había créditos que no habían seguido el procedimiento ya que se dieron operaciones que no pasaron por el comité de crédito y eran firmadas por el imputado Carlos Alvarado o don Hernán González. Dice que no se dio cuenta cuándo fueron aprobadas, pero luego se enteró que esas operaciones tenían algún grado de relación con Carlos Alvarado, esto a través de unas actas de Álvaro Castro Garnier en donde se hablaba de varias empresas con créditos en el banco Elca y que eran sociedades del acusado Alvarado Moya. Se le mostró el legajo de prueba N° 32 y hace la observación de que, por ejemplo, en esa operación no se especifica de quién es la garantía fiduciaria, en igual situación se encuentra el crédito a favor de la Sociedad Por Larrañaga S.A. visible en el legajo de prueba N° 30. El testigo Martín Solano señala que se hacían operaciones de crédito que no pasaban por el comité de crédito y no tenían ningún análisis, sólo venían aprobados por don Carlos, don Hernán o don Javier. El testigo Mario Vargas indica “no todos los créditos cumplían con éstos pasos, habían créditos que se aprobaban por orden de la presidencia o la gerencia, ellos decían que eran clientes importantes y que ellos posteriormente recolectarían los

documentos". En su testimonio hace ver cómo algunos créditos a veces ni tenían la garantía y que algunos eran créditos directos a nombre de empresas de Carlos Alvarado, operaciones que no se conocieron en el comité de crédito ni en la Junta Directiva ni las conoció, tampoco, SUGEF, como debía hacerse con operaciones relacionadas con los personeros o accionistas del banco según dijera Hernán González y Esteban Chacón. Los créditos a Punta Palmira y a La Gloria Cubana S.A. fueron tramitados por la gerencia y aprobados por Carlos Alvarado, no se conocieron en el comité de crédito, la primera operación no se canceló. En igual sentido hace mención de la sociedad Por Larrañaga y Bauza Casa Grande en donde tampoco se otorgó la garantía y tampoco fue cancelada. Como dato interesante nos dice que al percibir el desorden se lo hace ver al imputado Alvarado Moya, sobre todo preocupado por si llegaba la SUGEF, pero éste le dijo que no se preocupara porque él aportaría sus propias garantías. Se destaca lo declarado por el señor Oscar Rodríguez cuando, a raíz de los respectivos estudios que realizaron los inspectores de la SUGEF, encontraron una serie de créditos irregulares, bajo estos términos indica "Se dieron una serie de créditos cuyo perfil de riesgo era alto, procesos de aprobación no calzaban con políticas propias del banco, varias personas participando en aprobación se adolecía estudio capacidad de pago, se configuraron varios créditos por gestión de Carlos Alvarado, el proceso no calzaba, se le otorgó a empresas relacionadas con él o por gestión, sin análisis de capacidad de pago..." Señala que la política de aprobación de créditos es propia de cada entidad, la SUGEF no puede imponerla pero sí exigir que existan políticas claras, en el caso del Banco Elca se requería de tres firmas para aprobar un crédito y en algunos casos eso no se cumplía, no había un plan de pago o adecuaciones de pago sin sustento alguno. Por su parte Cecilia Sancho indica que, de acuerdo con los informes recibidos, se determina que algunos créditos relacionados con Carlos Alvarado Moya estaban morosos, que se habían prorrogado sin estudios técnicos, no había información financiera del deudor, habían sido aprobados por solo una persona, contrario a las políticas, etc. Se desprende de lo antes expuesto que prácticamente la mayoría de los empleados del Banco Elca de acuerdo a las funciones que desempeñaban, pudieron constatar la irregularidad en la aprobación de los créditos a favor de las sociedades de Carlos Alvarado ya mencionadas pero, precisamente por su relación jerárquica, poco era lo que podían hacer cuando detectaban una irregularidad de esa naturaleza; irregularidades que efectivamente fueron determinadas por los funcionarios de la SUGEF que participaron en el respectivo análisis y que también se plasma en el informe SUGEF 2520-2004 que en lo que nos interesa señala "Como resultado del estudio realizado de la cartera de crédito con fecha corte al 31 de mayo del año en curso, se determinó que el Banco ha otorgado créditos a empresas vinculadas al Lic. Carlos Alvarado Moya por un monto de 871.449,8 miles, equivalente a \$2,0 millones. Mediante la revisión de los expedientes de crédito de estos deudores se observó que el Lic. Alvarado participó en la aprobación de al menos cinco préstamos otorgados a este grupo de empresas y en los casos de Inversiones Kiona San Francisco S.A y Punta Palmira S.A, solo consta la aprobación del Lic. Carlos Alvarado, lo cual va en contra de sanas prácticas bancarias y lo establecido en las políticas de crédito de ese Banco, las cuales establecen que para que los acuerdos del Comité de crédito queden firme deben estar presentes tres firmas A, o dos firmas A y dos firmas B". Como dato relevante se indica en ese mismo informe, que el monto prestado a ese grupo de empresas sobrepasa el límite del 20% del capital y reservas, asimismo algunos de esos créditos mostraron atrasos importantes y fueron objeto de prórrogas o readecuaciones sin que consten en los respectivos expedientes las justificaciones técnicas para ello. La defensa de Alvarado ha alegado que en esos casos el imputado lo que pretendía era iniciar un comité circulado y que si ello no se produjo fue por incumplimiento de deberes de los funcionarios subalternos. No obstante, esa afirmación no es de recibo. Nótese que no se trataba de un intento de iniciar un comité circulado sino que Alvarado firmaba y enviaba o daba la documentación a los funcionarios operativos y no a un ejecutivo para que recogiera el resto de las firmas. Inclusive Martín Bolívar y Solano refieren que si había oposición a esas gestiones el crédito aparecía, al día siguiente, aprobado en el sistema. Por lo demás, nunca Alvarado hizo ver, en la sesión siguiente del Comité de Crédito, que faltara incluir en las actas créditos que iniciaron como



circulados (según su dicho de defensa), lo que hubiera podido hacer de ser esa la situación real -que no lo era conforme a lo expuesto- y por el dominio que tenía del acontecer del banco. Habiéndose acreditado la manipulación de los créditos por parte de Carlos Alvarado Moya, a favor de sus sociedades, se hace necesario entrar a conocer cuál fue la maniobra efectuada por éste para desvanecer la atención sobre los mismos. Resulta que una vez que Carlos Alvarado aprueba los respectivos créditos y gira los cheques con los montos de dinero que correspondían a cada sociedad, posteriormente los reversa y emite otros cinco cheques por el mismo monto pero a favor de Transamérica Bank & Trust Ltd. en una cuenta de la sociedad Bosques de Ayarco que Alvarado -a nombre de una sociedad que controlaba- tenía en ese Banco. El 27 de febrero del 2004 esta sociedad emite un cheque por ochocientos once mil ochocientos treinta y cinco dólares con sesenta y siete centavos (\$811.835.67) a favor de la sociedad Inversiones Tres Mil S.A, dinero que se acredita en una cuenta de la sociedad Grupo Prisma Asem S.A. propiedad de Javier Filloy, de esta forma el Banco Elca emite una nota de débito de esa sociedad y se aplica en la cancelación del crédito que el imputado Carlos Alvarado había otorgado a favor de Inversiones Tres Mil. De esta forma el imputado Carlos Alvarado Moya logra cancelar el crédito que le fuera otorgado a Inversiones Tres S.A. (ver en el tomo V los folios 1945, 1949 y 1952 y los informes 451-DEF-454-04 y su ampliación 24 DEF-509-04/05).

VIII.2 Análisis probatorio en relación con Javier Filloy Esna: En relación con el imputado Javier Filloy Esna, la pregunta que debemos hacernos es si efectivamente tuvo alguna participación en la aprobación del crédito a favor de Inversiones Tres Mil, entidad de la que él era su representante legal. La prueba testimonial tantas veces citada ubica a don Javier Filloy dentro de la jerarquía del Banco Elca quien junto con Carlos Alvarado y Hernán González Peña. Ellos tenían la facultad de aprobar créditos, claro está, previa observación de los procedimientos establecidos, lo cual no implica que necesariamente en esta oportunidad haya dado el visto bueno al crédito de Inversiones Tres Mil S.A. La pieza acusatoria establece que el 22 de abril del 2003 Javier Filloy solicitó un préstamo al Banco Elca S.A., por un monto de ochocientos veinticinco mil dólares (\$825.000.00) a nombre de la sociedad Inversiones Tres Mil S.A. El imputado Filloy en su declaración indagatoria se refiere especialmente a ese tema y al revisar el legajo de prueba N° 36 hace la observación de que el mismo contiene una serie de anomalías, solicitando nuevamente que se le realice una prueba grafoscópica al documento "solicitud de crédito" que se adjunta al legajo probatorio. Sobre ese particular se contó en juicio con los peritos Juan Parra Garro y Mauricio Oliva Torres quienes, al examinar el folio 26 del legajo de prueba N° 36, llegaron a la conclusión de que la firma que precede a la solicitud de crédito de fecha 22 de abril del 2003, no fue hecha por Javier Filloy. Lo anterior implica, entonces, que no es cierto, como se ha expuesto en la acusación fiscal, que el acusado Javier Filloy solicitara un préstamo de dinero a favor de su sociedad Inversiones Tres Mil S.A. En cuanto a la aprobación del crédito contamos con el Informe N° 451-DEF-454-04 el cual dispone "El crédito de Inversiones Tres Mil S.A fue aprobado únicamente por Hernán González Peña como Gerente General y Esteban Chacón Solís como miembro directivo, por lo que no se siguió el procedimiento de cantidad de firmas establecido en el Banco Elca S.A en cuanto a la cantidad y cualidad de las firmas". Sobre este punto en particular, debe indicarse que tanto el señor González como don Esteban, cuando rindieron sus declaraciones, fueron enfáticos al señalar que ellos nunca aprobaron ese crédito y las firmas que preceden al respectivo documento no son de ellos. De lo que se ha expuesto e independientemente si don Hernán o Esteban firmaron o no la aprobación del crédito a favor de Inversiones Tres Mil S.A, se concluye que el imputado Javier Filloy Esna no sólo no firmó la solicitud de préstamo sino que tampoco participó en su aprobación. Surge por otra parte la duda del por qué, entonces, el dinero producto de los créditos aprobados por Carlos Alvarado Moya a favor de las sociedades Punta Palmira, Por Larrañaga, Bauza Casa Grande, Mobiliaria Activa 2008 y La Gloria Cubana, fueron finalmente acreditados en la cuenta del Banco Elca N° 122006481 perteneciente a la sociedad Grupo Prisma Asem S.A. cuyo representante legal es Javier Filloy Esna. La respuesta a ese cuestionamiento nos la brinda Hernán González Peña al decir que "Javier fue tan tonto de prestar el nombre de sus empresas para ayudar a Carlos Alvarado y se le

giró cheques para cubrir algún sobregiro o algún problema." Otro aspecto que resalta el testigo cuando se le muestra el legajo de prueba N° 91 folios 148 y 149, es que dichos documentos firmados por él, están girados a nombre de Javier Filloy y es uno de los casos en donde Javier prestó sus empresas porque don Carlos necesitaba dinero. Textualmente indicó " A don Javier no se le pagaba con cheques de Bosques de Ayarco, si se le giraba de esa cuenta es porque Don Carlos ocupaba el efectivo para algo". Estas afirmaciones responden al cuestionamiento del por qué, aún y cuando Javier Filloy el 27 de febrero del 2004 no estaba en el país (ver movimientos migratorios y pasaporte del citado imputado) siempre se gira el dinero a favor de Inversiones Tres Mil S.A. Un aspecto que no debemos pasar por alto y que guarda relación con lo indicado, es el fin que persiguió Carlos Alvarado cuando ordena depositar a favor de Inversiones Tres Mil S.A. la suma de ochocientos once mil ochocientos treinta y cinco dólares con sesenta y siete centavos (\$811.835.67) en la cuenta del Grupo Prisma Asem S.A. Recuérdese que el crédito concedido a la sociedad Inversiones Tres Mil S.A. inicialmente estuvo garantizado con cuatro certificados de inversión de la Sociedad Inversiones Savinelli (en proceso de conciliación) y que en un momento determinado el imputado Carlos Alvarado Moya los redime anticipadamente, dejando así sin garantía el crédito de Inversiones Tres Mil. A partir de ahí es que, en forma "inteligente" o hábil, Carlos Alvarado Moya procura conseguir el dinero para cancelar ese crédito y qué mejor forma, que a través del otorgamiento de préstamos, cuyos dineros provenían de las arcas del Banco Elca, a cinco sociedades de su propiedad (ver tomo XI folios 4731 y siguientes, 4749 y siguientes, 4764), punto ya explicado en líneas atrás. A mayor comprensión valga retomar lo indicado por Manrique López supervisor de la SUGEF que participó en el proceso de intervención del Banco Elca " Inversiones 3000 nace por reclasificaciones de varios deudores (punta Palmira, Bauza Casa grande y otros). Esas operaciones se constituyeron al amparo de cinco cheque se emiten a favor de esas sociedades pero el tesorero que laboraba para Elca que era Juan Diego Ocampo decía a Johnny González que esos cheques se habían sustituido por otros cheques y eso lo reveló la investigación y que eran por el mismo momento. Salieron hacia una cuenta a través del banco Interfin hacia Transamérica Bank que era el offshore de Interfin, regresan parcialmente al banco regresan a una cuenta del Grupo Prisma representada por Javier Filloy y cancelan la operación de Inversiones 3000 que era de Javier Filloy. Dos de los cinco casos los cheques eran firmados por Carlos Alvarado. En el informe 2520 se incluyen los cinco deudores y yo no participé en ese estudio pero si recuerdo haber visto en ese informe que los cinco se reclasificaron a categoría E". Es decir, hay prueba que determina que Filloy prestaba sus cuentas, que la firma que aparece sobre su nombre en la solicitud de crédito no fue hecha por él y quienes suscriben aprobando el crédito niegan que sean, también sus firmas. Al momento del desembolso del dinero Filloy no estaba en el país por lo que hay visos de credibilidad para su declaración exculpatoria, como se abordará enseguida." En suma, si se tratara, como dice el recurrente, de una simple operación bancaria, tendiente a prolongar la vida de un crédito que se arriesga en convertirse en incobrable, ciertamente la situación no tendría la gravedad que se le adjudica. Lo que sucede es que, contrario a lo expuesto por el defensor, la sucesión de créditos no se dio para tratar de paliar las consecuencias de una mala decisión, sino de una sustracción. En efecto, como lo explica largamente el a quo, el proceder solitario posterior de Alvarado Moya, quien autorizó dichos créditos encubridores, aparte de las circunstancias en que fue gestionado el crédito original a Inversiones Tres Mil, dejaban en claro que desde el inicio el endilgado se propuso, empleando esta sociedad de Filloy Esna, posesionarse con ochocientos mil dólares que sabía que no serían cobrados, pues las garantías serían anticipadamente redimidas por Alvarado Moya y la cuenta sería saldada empleando otros créditos a cinco sociedades suyas que el mismo autorizó y que, como era de esperar, no tenían capacidad alguna de pago. Es decir, ese crédito que el defensor dice que fue concedido regularmente, luego resultó ser que, ni fue solicitado por Filloy Esna (quien para entonces no estaba en el país pero le prestaba sus empresas al endilgado para sus maniobras), ni tampoco aprobado por los demás funcionarios a quienes correspondía hacerlo (folio 17356). Al final de toda la argucia, Alvarado Moya había aprobado unilateralmente créditos por

novecientos cinco mil dólares, que sí habían salido de las cuentas del Banco. Es por esos motivos que dichas actuaciones, junto a las relativas al señor Lázaro Broitman Feinzeilber se tuvieron por constitutivas de un delito de administración fraudulenta, en virtud del cual le fueron impuestos ocho años de prisión al endilgado. En cuanto a este, no sólo se presentan las mismas irregularidades en la concesión de los créditos que ficticiamente se otorgaron al señor Broitman, quien no los había solicitado, sino que esos fondos concedidos fraudulentamente salieron del Banco. Al respecto, consigna el fallo: “En relación al crédito de Lázaro Broitman se acusó y acreditó que el treinta de noviembre de 2001 el Comité de Crédito del Banco Elca S.A., aprobó el otorgamiento de la operación de crédito N° 30009271 por ciento un mil ochocientos quince dólares norteamericanos con treinta y un centavos (\$ 101.815.31) a su favor para cancelar tres operaciones anteriores que el mismo deudor tenía con el Banco Elca S.A. y que estaban morosas, cancelaciones que, efectivamente, se hicieron. Esa operación se garantizó con una garantía hipotecaria en segundo grado sobre la casa de habitación de Broitman la que soportaba, también, una hipoteca en primer grado a favor del Banco Interfin. Esta se ejecutó mediante proceso ejecutivo hipotecario, el diecinueve de junio de dos mil dos, adjudicándose el Banco Elca S.A. Sin embargo la operación de crédito N° 30009271 no fue honrada por el señor Broitman registrándose un abono por quinientos setenta y dos dólares con setenta centavos (\$572.70) en fecha once de diciembre de 2001 correspondiente al saldo restante de la misma operación luego de canceladas las operaciones morosas que dicho señor mantenía en el banco y una amortiguación por cinco mil trescientos cincuenta y un dólares con sesenta y cinco centavos (\$5.351.65) el treinta y uno de mayo de dos mil dos (que se utilizó sólo para cancelar intereses de la operación 30009271). El dinero de la amortiguación se originó por medio de un crédito ficticio que aparece en el sistema electrónico del Banco Elca S.A. bajo el N° de operación 300010099 otorgado a Broitman Feinzeilber quien, como lo dijera en debate siendo creíble su dicho, nunca solicitó dicho financiamiento. De igual forma el treinta y uno de julio de dos mil dos, en los registros crediticios del Banco Elca S.A. se consignó el otorgamiento de la operación de crédito N° 300010416 por ciento cincuenta y seis mil dólares “a favor” de Lázaro Broitman Feinzeilber con el fin de financiar el pago de la propiedad adquirida por el Banco Elca mediante la subasta señalada el diecinueve de junio. Dicho crédito fue constituido ficticiamente por cuanto no fue solicitado por dicho deudor. El treinta de octubre de dos mil dos las tres operaciones indicadas, por un monto total de doscientos setenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y cuatro dólares con setenta y cuatro centavos (\$274.434.74) sin justificación alguna, fueron liquidadas contablemente contra una “cuenta suspenso” N° 184-02-2-00-04 y, a partir de entonces, se inicia una serie de movimientos contables irregulares de este saldo. El veintiuno de noviembre del 2002 se constituyó otra operación de crédito ficticia, la N° 300011029 “a favor” de Lázaro Broitman Feinzeilber por \$274.572.89, la cual fue aprobada por Carlos Alvarado Moya, y Javier Filloy Esna (hechos sobre los que no es juzgado). A su vez esta operación, sea la N° 300011029 es cancelada el veintitrés de diciembre de 2002, por la operación de crédito 300011260 concedida en el Banco Elca S.A. a favor de la Sociedad Inversiones Santa Damiana S.A. sin que fuera posible determinar quién aprobó tal crédito. La sociedad Santa Damiana tiene como, presidente, representante y apoderado generalísimo sin límite de suma, al imputado Carlos Alvarado Moya. La operación 300011260 se otorgó por un año con vencimiento el veintitrés de diciembre de 2003 pero fue prorrogada injustificadamente por Carlos Alvarado Moya por tres meses más a partir de su vencimiento y el treinta y uno de marzo de 2004, la vuelve a prorrogar por tres meses más bajo las mismas condiciones irregulares. A la fecha dicha operación se encuentra vencida y no existe posibilidad de proceder a su cobro ejecutivo por cuanto como “garantía”, sólo existe una fotocopia de una “letra de cambio” por doscientos ochenta y siete mil novecientos setenta y ocho dólares con veinticuatro centavos (\$287.978.24), supuestamente suscrita y endosada por “la representante” (en esa fecha) de dicha sociedad, Virginia Chang Jiménez, secretaria del Bufete Castro Garnier, y avalada presuntamente por el Lic. Álvaro Emilio Castro Garnier, mismos que rechazan la legitimidad de tal documento. La única amortización que se registra en el histórico de pagos de éste crédito corresponde al abono realizado el veintiocho de

julio de dos mil tres por un monto de ciento cincuenta y nueve mil novecientos noventa y dos dólares norteamericanos aplicado a capital (\$141.657.37) e intereses (\$18.334.63) de dicha deuda, quedando pendiente un saldo por pagar de ciento cuarenta y seis mil trescientos veinte dólares con ochenta y siete centavos (\$146,320.87), que al cinco de enero del año dos mil cinco ascendía a la suma de ciento sesenta y dos mil ochocientos diecisiete dólares con veintiséis centavos (\$162,817.26) correspondientes al saldo principal, más intereses y saldo por mora, que el acusado Alvarado Moya a la fecha no ha cancelado en perjuicio del Banco Elca S.A. IX.1.- Análisis probatorio: Durante los días que duró el contradictorio, se recibió suficiente prueba testimonial y documental que en definitiva viene a corroborar la hipótesis del Ministerio Público. Nuevamente se hace la observación de que muchos de los testigos que pasaremos a examinar ya han sido citados en otros considerandos al referirse a temas específicos. De lo expuesto anteriormente se logra determinar: (i) el 30 de noviembre del 2001 el Comité de Crédito del Banco Elca (ver legajo de prueba 34) le aprueba a Lázaro Broitman la operación N° 30009271 por \$101.815.31. Dicho préstamo lo utilizó para cancelar tres operaciones de crédito que tenía con el Banco Elca. La operación N° 30009271 no fue cancelada por el señor Broitman, únicamente se hicieron dos abonos, uno de ellos por amortización de intereses por \$5.351.65; (ii) al 31 de julio del 2002 se habían constituido ficticiamente a nombre del señor Broitman, las operaciones de crédito N° 300010099 y N° 300010416; (iii) el 31 de octubre del 2002 la operación real y las dos ficticias, fueron liquidadas contablemente. Con el saldo de esas operaciones se constituyó ficticiamente la operación N° 300011029, misma que tampoco había solicitado don Lázaro. (iv) la operación de crédito N° 300011029 se cancela el 23 de diciembre del 2002 por medio de la operación N° 300011260 concedida por el Banco Elca a favor de la sociedad Santa Damiana S.A cuyo representante y apoderado generalísimo es Carlos Alvarado Moya. Esa operación fue prorrogada dos veces por el mismo imputado y a la fecha no ha sido cancelada.... La prueba testimonial citada resume la maniobra efectuada por el imputado Alvarado Moya cuando procede a aprobar las operaciones de crédito N° 300010099, N° 300010416 y N° 300011029 que ficticiamente había solicitado el señor Lázaro Broitman, lo cual corrobora el mismo Broitman al decir que a partir del 2002 nunca más hizo solicitudes de crédito ante el Banco Elca. También se destaca cómo Alvarado le otorga un crédito N° 300011260 a la sociedad Santa Damiana de su propiedad con el único fin de que cancelara las operaciones ficticias. No contento con ello, el imputado Alvarado sin que mediara justificación y obviando todo procedimiento procedió a prorrogar dos veces el crédito de la citada sociedad, todo esto conllevó a que la SUGEF reclasificara ese crédito a categoría riesgo E, causándole un gran perjuicio al Banco Elca (ver tomo V folio 1705)." (folios 17365-17372). Entonces, como se comprobó en el fallo, a partir de que el Banco Elca se adjudicara la casa de Broitman Feinzilber, cosa que zanjaba la deuda de este con el Banco o la convertía en marginal, Alvarado Moya "le" concedió un crédito de amortiguación por 5,351.65 dólares y otro por 156,000 dólares para financiar la propiedad adquirida por el Banco, los cuales nunca solicitó. Después, por un monto de 274,434.74 dólares, se otorgó otro que cancelaba la operación real y dos ficticias que salieron del Banco. Este a su vez fue liquidado contablemente por otra operación ficticia que encubría aquel fraude, consistente en otro crédito que falsamente se dijo que fue solicitado por Broitman Feinzilber, esta vez por 274,572.89 dólares, Luego, esta fue cancelada por una operación de crédito por 287,978.24 dólares concedida por Alvarado Moya a la sociedad anónima Santa Damiana, perteneciente al acusado, la cual aportó una letra de cambio (cuyo original no fue hallado), suscrita por dos personas que rechazaron su legitimidad. Esa última operación, fue prorrogada injustificadamente por el justiciable en dos ocasiones por tres meses cada una, ratificando su participación en la trama delictiva. Al final, aplicados los pagos que registraba la cuenta, quedaban al descubierto 162,817.26 dólares del saldo principal. De tal suerte que, como se hace patente, no es cierto que la única salida de fondos se diera cuando se otorgó el préstamo al señor Broitman Feinzilber, sino que después de este se dieron desembolsos en una crecida de sustracciones que, por una parte, trataban de ocultar las irregularidades previas, y, por otro ahondaban en la defraudación de los bienes de la entidad bancaria. Sin lugar al motivo.

X.- En el décimo motivo se argumenta que es imposible ejecutar una administración fraudulenta contra sí mismo, pues el dueño del Banco Elca era el acusado Alvarado Moya, que ejercía propiedad sobre esa entidad a través de una serie de sociedades también suyas. Para ratificarlo, el defensor acude a transcribir algunos apartes de la sentencia en que así se tuvo por cierto. Por tal situación, indica, los perjudicados por una administración fraudulenta son los accionistas de la compañía, que en este caso no existen, sino que es el propio enjuiciado. Tratándose de esos depósitos irregulares, en el que se da un traspaso de propiedad a favor de un banco, la legislación costarricense es parca. Debe tenerse en cuenta, añade, que en el caso que nos ocupa, el Tribunal consideró la situación de los ahorrantes e inversionistas que tenían depositados sus fondos en tal entidad. Este dinero, sin embargo, se incorpora a los activos del banco. A continuación hace el quejoso una disquisición sobre el carácter de los depósitos regulares y los irregulares, los cuales se caracterizan por el deber para del depositario, no de conservar la misma cosa (como en tratándose del regular), sino un tanto de la misma calidad y especie. Esto crea una “ doble disponibilidad ”, en la que por una parte el depositario se transforma en propietario del bien y el depositante puede retirarlo a su vez. Una consecuencia de ello, es que la pérdida de los bienes la sufre el depositario, quien actúa como dueño de los mismos. Por ende, al ser Alvarado Moya dueño del banco en cuestión, los bienes recibidos en depósito era de su propiedad y no podía administrarlos fraudulentamente en perjuicio propio. No es de recibo el reproche . La argumentación del recurrente parte de una falacia o mala comprensión de la figura que comenta; a saber, que al transformarse en dueño de los depósitos, el administrador depositario o que es dueño de la entidad que los recibe, puede disponer a su antojo de ellos, sin responsabilidad alguna. Para empezar, debe quedar claro que cuando se dice que en los depósitos irregulares el depositario se obliga a entregar una cantidad similar y de la misma calidad de los bienes recibidos, esto no significa que se transforme en dueño de los mismos, sino que sigue siendo un depositario. Lo que sucede, es que por el tipo de bienes que habitualmente se reciben en dichas negociaciones, estos no pueden ser preservados en su individualidad, sino que se confunden materialmente, NO jurídicamente (pues siguen perteneciendo al depositante), con el resto del acervo patrimonial disponible, sea que este se destine a la inversión, al préstamo o al simple atesoramiento. Pero, como es obvio, lo mismo sucede en todo “ depósito regular ” en que los bienes son fungibles, pues el que luego el depositario devuelva otros billetes que no son los mismos que le entregó previamente el depositante, no significa que en ese acto había pasado a ser dueño de estos. Entonces, el que pueda disponer como dueño de los bienes que le fueron entregados, no suprime ni mucho menos que sigue siendo su depositario y el depositante su titular. O sea, que los bienes le siguen siendo ajenos. En el caso que se discute el asunto es palpable. Si el sofisma desplegado en el motivo fuera acertado, ello implicaría que los bienes o valores recibidos por Alvarado Moya a través del Banco, pasaron a ser de su propiedad, como sostiene el impugnante. Esto es, que eran de él, lo cual es muy equivocado, porque es notorio que esa no fue la intención de los depositantes, quienes los entregaron con la esperanza y el compromiso del Banco de devolverlos oportunamente con una ganancia. Eso no sólo era conocido por los depositantes, sino una cuestión de sentido común; sobre todo para el acusado, quien sistemáticamente actuó para burlar esos compromisos. En una resolución precedente, a la cual aluden tanto el fallo venido en casación como el recurrente, este despacho señaló: “ El artículo 222 del Código Penal, que sanciona la administración fraudulenta, establece un delito especial propio , ya que delimita el círculo posible de autores a aquella persona que “por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente”. Es un delito especial propio porque no puede cometerlo -como autor- cualquier individuo, sino solo aquel que maneje, administre o cuide bienes ajenos y realice alguna de las conductas tipificadas. El fundamento de esta particular punición obedece a que el sujeto activo asume tareas o funciones sobre un patrimonio que le es parcial o

totalmente ajeno y, por tanto, pesan sobre él una serie de deberes jurídicos que infringe con su actuar. También toma en cuenta el legislador la existencia de un vínculo que apareja la confianza depositada en el agente por el sujeto pasivo, que espera lealtad y corrección en el manejo de sus bienes, derechos y expectativas patrimoniales. En resumen, alegan los defensores Navas Montero y Ramírez Obando que los acusados no ejercían funciones de administración del patrimonio de los ahorristas e inversionistas, sino que se comprometían ante ellos como deudores de una obligación; y que los fondos, una vez ingresados en el Banco Germano Centroamericano, pasaban a ser patrimonio exclusivo de este y podían ser destinados a diversos usos. Sobre este tema, es prudente hacer algunas reflexiones. La actividad bancaria, tanto en Costa Rica como en las demás naciones, se halla estrictamente regulada a fin de asegurar el sano desarrollo económico del país y, entre otros motivos que no interesa aquí profundizar, porque se desarrolla en esencia a partir del capital ajeno y no de aquel que corresponde a los dueños o accionistas del banco: “La referida actividad se realiza con capital ajeno o predominantemente ajeno. El origen de éste proviene básicamente del público (depositantes o ahorristas) con el que se gestiona una intermediación financiera. Así se captan fondos pagando una tasa de interés para prestarla a otra mayor y lucrar con las diferencias entre ambas. Su característica determinante resulta de la ajenidad de los fondos prestables y objeto de la intermediación financiera. Esa intermediación no utiliza ni arriesga un capital ‘propio’ (como sucede en otras actividades) sino uno de origen colectivo, definitivamente finito, cuantificable, único en el país y no sustituible.” (PORCELLI, Luis A. , “Entidades financieras privadas. Funcionalidad e historia de su regulación”, en Crisis. Liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidad , Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2001, p. 347-348). Estas distinciones no deben perderse de vista, pues de lo contrario es fácil incurrir en error al apreciar la naturaleza de las funciones que cumplen las entidades bancarias. Ellas trabajan siempre con el capital o el patrimonio ajeno y ese carácter de ajenidad no desaparece en ningún momento ni puede confundirse con el capital aportado por los socios o accionistas de la empresa (el cual, desde luego, también puede ser objeto de fraudulenta administración). En la especie, tanto el Germano International Bank como el Banco Germano Centroamericano captaron recursos del público, a través de distintos medios: depósitos en cuentas de ahorro o corrientes; comisiones de confianza, fondos FOPEX y FODEIN y dineros que debían cancelarse al Banco Central por la compra de divisas o a los acreedores del cliente en el exterior. Los contratos de depósito de ahorros y en cuenta corriente han sido clasificados por la doctrina dentro del concepto de “depósito irregular” pues, contrario a lo que ocurre en el regular, se permite al depositario hacer uso de los bienes. Se descarta, entonces, que constituyan un contrato de mutuo o arrendamiento de dinero (ver DÍAZ RAMÍREZ, Enrique , Contratos bancarios , Temis, Bogotá, 1993, p. 92), lo cual sí significaría un desplazamiento del patrimonio. Que las sumas depositadas en cuentas corrientes o de ahorro mantienen su carácter de ajenidad en nuestro medio (es decir: pertenecen a quien las depositó), resulta evidente de las disposiciones contenidas en los artículos 529, 612, 617, 630 y 631 del Código de Comercio y el capítulo V, Título III de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, No. 1644 de 26 de setiembre de 1953 y sus reformas; pues aunque se permite al banco cierto uso discrecional de los fondos -sin embargo: con diversas restricciones-, el depositante sigue siendo dueño de los dineros, le pueden ser embargados o inmovilizados por orden judicial y constituyen parte activa de su patrimonio y no una “cuenta por cobrar”. De allí que el artículo 3 de la citada ley No. 1644 define la función de los bancos en esta materia como la de “custodiar y administrar los depósitos bancarios de la colectividad”; definición que, en realidad, aunque no estuviese en la ley, se extraería de las demás normas que antes fueron citadas y a fin de cuentas solo sirve para describir un fenómeno.” (ver voto 231, de las 8:45 horas del 9 de abril del 2003). De modo que, aparte de la afectación a la confianza pública, a las finanzas en el mercado nacional y a otras repercusiones humanas, sí hubo una infracción de un deber jurídico hacia los depositantes, quienes aun admitiendo la tesis de la “doble disponibilidad” , no pudieron disponer de sus bienes o valores; incluso si su perfil se redujera a un mero derecho de crédito, que igual se habría visto burlado. Por cierto, también en este último caso, en que ese derecho de restitución se vería



disminuido a un derecho de crédito, no puede pasarse por alto que la realización del mismo está supeditada a la buena administración de los bienes o valores entregados, por lo que tampoco dentro de tal tesis el administrador no puede comportarse respecto a ellos como si fuera “ su propietario ” , porque ello socavaría la efectividad del crédito; pero, más importante aún, es que el entendido de las partes es que los bienes siguen siendo parte del patrimonio del depositante. De ahí que la susodicha jurisprudencia ya emitida por esta Sala al respecto, la cual el litigante intenta sostener que no aplica en este asunto, debe reiterarse y considerarse aplicable.

XI.- A continuación, como reclamo de fondo, se señala que el fallo aplicó erróneamente en el delito de administración fraudulenta la circunstancia agravante de la estafa. Además, dice, no se tomaron en cuenta “...integralmente las circunstancias personales del señor Alvarado, por ejemplo, su edad, el hecho de que tiene tres hijos jóvenes que requieren la presencia de su padre, su capacidad profesional y su importancia como miembro activo de la sociedad, su trayectoria exitosa previa al período 2002-2004...” , al igual que tres operaciones que se le atribuyen (las de inversiones Tres Mil, la relativa a Broitman Feinzilber y a Kiona San Francisco) no causaron erogación al Banco, así como los demás extremos del artículo 71 del Código Penal. No es de recibo el reparo . Al fijar el ámbito o márgenes de la sanción, el artículo 222 del Código Penal se remite, sin excepciones, al artículo 216 del mismo. Es decir, la pena de la estafa (artículo 216) se aplica, sin modificación o discriminación alguna a la administración fraudulenta. Esto incluye, inobjetablemente, también las agravantes contenidas en el párrafo final del citado artículo 216, respecto al cual el legislador no hizo distinción alguna, por lo que no cabe hacerla en la vía judicial. Por consiguiente, no hay ninguna irregularidad, sino que es plenamente correcto que, si concurrían las hipótesis agravatorias allí consignadas, también estas se aplicarían tratándose de la administración fraudulenta en que incurrió el imputado Alvarado Moya. Por otra parte, al fijar la pena correspondiente a estos ilícitos, el a quo expuso: “Para efectos de la pena a imponer debemos remitirnos al considerando VIII.1, para indicar que en este caso también estamos en presencia del delito de Administración Fraudulenta. Si bien es cierto, en aquella oportunidad los hechos se dieron entre el 25 y 26 de febrero del 2004 -aprobación de los créditos a favor de las sociedades del imputado Punta palmira, Bauza Casa Grande, Por Larrañaga, La Gloria Cubana y Mobiliaria Dos Mil Ocho- y los hechos concernientes al considerando IX se enmarcan entre los meses de mayo a diciembre del 2002 y enero a marzo del 2003, en realidad se trata de un único delito de Administración Fraudulenta de mayor cuantía. Según la jurisprudencia estamos ante un mismo patrimonio ajeno, en este caso confiado al Presidente y dueño del banco Elca S.A, quien tenía la administración de los recursos invertidos en esa entidad bancaria por los diversos clientes e inversionistas, que con su actuación, como es la de aprobar prórrogas de créditos otorgados a sociedades pertenecientes a su persona, causó un gran perjuicio. En el caso de Inversiones Santa Damiana al aprobarse las prórrogas en forma injustificada, al 05 de enero del 2005 y de acuerdo a los estudios realizados, presentaba un saldo ciento sesenta y dos mil ochocientos diecisiete dólares con veintiséis centavos, dinero que en definitiva no se ha cancelado, perjudicando así el patrimonio del banco Elca y el de sus acreedores, amén de que la misma no puede ser exigida por cuanto carece de garantía que la respalde. Por todo ello, la pena global impuesta es la de ocho años de prisión que tiene en cuenta los distintos momentos en que se manifestó la unidad de acción citada (cinco créditos a favor de sociedades de Alvarado, esta operación y crédito a favor de Inversiones Kiona) por lo que no se justifica una pena menor al ser muy grande el perjuicio causado. El Tribunal toma en consideración para fijar la pena en los extremos establecidos, lo siguiente: la circunstancia de la gravedad de la lesividad ocasionada por el endilgado, quien se aprovecha de su posición jerárquica en el banco Elca para prorrogar unilateralmente e injustificadamente, sin observar los respectivos procedimientos la operación de crédito de Inversiones Santa Damiana, sociedad de su propiedad, operación que, como ya se ha indicado, carece de garantía que la respalde pues lo único que existe es una copia de una letra de cambio cuyas firmas se cuestionaron. Aspectos todos que considerados en su

conjunto llevan al Tribunal a imponer la pena dichas, por estimar que es la que se ajusta a la proporcionalidad que debe haber entre la misma y la afectación al bien jurídico en juego y demás circunstancias demostradas, en relación con la posibilidad de lograr la rehabilitación del encartado tantas veces referida.” (folios 17379-17380). Frente a esas circunstancias, el tema de la edad o salud del acusado (que como se dijo antes, pueden ser valorados en la etapa de ejecución de sentencia) o la necesidad que tienen sus hijos (lo mismo que los de cualquier otro padre o madre privados de libertad), tienen importancia relativa. Finalmente, su papel en sociedad y su trayectoria exitosa, serían más bien elementos que aumentarían su reprochabilidad, tanto porque hacían aun menos necesario que incurriera en estos hechos para agenciarse una vida cómoda para él y su familia, como porque más bien se valió de estos antecedentes personales para engañara a sus víctimas. En lo tocante a las tres operaciones en las que, según dice el motivo, no se generó erogación alguna al Banco, ese es un argumento que ya fue desacreditado, mostrando que sí hubo tal erogación. Para concluir, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia nacional, los diversos parámetros contenidos en el artículo 71 del Código Penal para fijar la sanción, deben ser ponderados en cuanto son atinentes al caso; pues, si no lo son, carecen de relevancia y vuelven ese ejercicio en un mero rito. En el presente asunto, con la excepción que se dijo, el recurrente omite indicar cuáles son los aspectos que dejaron de valorarse y en qué habrían cambiado la pena impuesta, haciendo que el motivo no muestre interés procesal.

XII.- En lo que corresponde a los estados financieros en los que Alvarado Moya entregó, según dice la sentencia, información falsa a la SUGEF, reclama el defensor que tales estados financieros no fueron incorporados como prueba al debate. Se dice en ese fallo, que estos se hallan en un disco compacto en archivo, pero no fueron presentados al debate ni mostrados. En segundo término, añade que no se dice cuáles índices alteró el endilgado, ni cuáles datos o informes fueron los falsos. En tercer lugar, dice que calificar como “ ficticios ” o “ fraudulentos ” ciertos actos, es calumnioso y se hizo antes de exponer los hechos; cuarto, que no se demostró que la forma en que se financiaron los créditos back to back fuera ilícita. En quinto lugar, dice el quejoso que la aparente irregularidad de las actuaciones del endilgado proviene de no haber cumplido las condiciones que la SUGEF le impuso para desarrollar esas operaciones back to back : que se cumpliera las operaciones legales relacionadas (lo cual se hizo, porque es algo permitido en Costa Rica); que se respetara el principio de conocer al cliente (que se basa en normas que previenen el lavado de dinero, cosa que no se acusa aquí); y, que los fondos provinieran de una fuente externa al Banco (lo que no encuentra sustento en ninguna ley). Por consiguiente, ninguna infracción se cometió. No es atendible el reproche . Para empezar, los estados financieros que el recurrente echa de menos, sí estaban disponibles en el proceso, sin que fuera necesario el acto ritual de exhibir el disco compacto que los contiene para satisfacer el deber procesal de ponerlos a disposición de las partes o que estas pudieran confrontarlos. En casos como esos, lo mismo que en cuanto a la prueba documental, basta precisar en qué pieza se encuentra la información y dónde se encuentra esta, quedando a criterio de cada parte el acudir a revisar el documento o archivo. Si en el debate tenía tal preocupación, debió haberla planteado al a quo, para que este le diera el disco en mención, a fin de que corroborara su contenido. Es más, ello todavía es posible. Pero, el que no fuera abierto o exhibido materialmente ese disco, no quiere decir que la información de los estados contables fuera ideada o ilegalmente incorporada al acervo probatorio. En lo que se refiere a la alegada falta de explicación por parte del a quo de cuáles fueron los índices que se alteraron y cuyos datos fueron falsos, está equivocado el defensor. Ello está explícitamente establecido en el fallo. Así, a folios 17417-17418, se dice: “...realizadas esas operaciones y consignadas en los registros contables del banco, se procedió a la elaboración de los informes de fin de mes, sea con cierre al treinta y uno de mayo de dos mil cuatro, mismos que al día siguiente, sea el primero de junio de dos mil cuatro, Alvarado Moya hizo llegar a la SUGEF, y así lo advierte el informe N° 50-DEF-506-04/05 de folios 3746 a 3750 del tomo IX, señalando que "El 1 de junio del 2004 el Banco Elca remitió el oficio PE-



017-04, en el cual se adjunta el "Plan de Ajustes Complementario al Plan Estratégico", en donde se informa sobre el incremento de la cartera de créditos mediante la concesión de estos créditos "back to back" (cfr. folio 3748 fte.); por lo que observados tales documentos (cfr. folios 10109 a 10122 del tomo XIX del principal, en el apartado legajo de prueba N° 83) se denota no sólo que la misiva PE-017-04 está firmada por el propio Alvarado Moya en su condición de Presidente Ejecutivo de Banco Elca S.A. (cfr. folio 10110 fte.) sino que en dicho Plan Estratégico efectivamente se advierte: "Conjuntamente con este proyecto, estamos remitiendo los Estados Financieros proyectados, con el efecto en los mismos de: a) la constitución de las provisiones adicionales, b) los nuevos créditos otorgados, y c) el cronograma de pago de aportes patrimoniales. En estas proyecciones se muestra igualmente la viabilidad de esta propuesta y sus efectos en la situación financiera del banco, particularmente el que tendrá en los indicadores de solvencia y calidad de los activos." (cfr. folio 10119 fte.) y, aunado a lo anterior, entre otros, se acompañó: "En medio magnético, Los Estados Financieros proyectados con inclusión de los indicadores financieros" (mismo folio). Los cuales se encuentran en disco compacto en archivo. Es decir, el endilgado Alvarado Moya consumó el fin que se había propuesto, y que estatuye la norma violentada, sea entregar a la SUGEF toda aquella información financiera persiguiendo advertir una posición financiera saludable, cuando lo cierto era que toda ella estaba fundada en aquel movimiento ficticio por veintitrés millones ochocientos mil dólares (\$23.800.000,00) de activos y pasivos, y con una supuesta ganancia por un millón de dólares (\$1.000.000,00) a título de comisiones generadas." Queda claro entonces que en sentencia sí se dijo cuáles fueron los datos falsificados en los índices y en qué sentido lo fueron. Por otra parte, el tópico de si ciertas expresiones que el defensor estima precipitadas por ser previas al razonamiento probatorio del fallo, ya fue resuelto páginas atrás. Y, la cuestión de si los fondos empleados en las operaciones back to back eran de origen lícito o no, es irrelevante en cuanto al delito que se discute, que consiste en haber provisto de datos e informes falsos a la SUGEF, con el ánimo de ocultar la verdadera situación financiera del Banco Elca. En cuanto al punto final, debe decirse que las condiciones que exigió la Superintendencia General de Entidades Financieras (en adelante SUGEF) como requisitos para ejecutar sanamente las transacciones back to back, pueden responder a diversos motivos, algunos de los cuales no están siendo discutidos en estas líneas. No obstante, hay varias consideraciones que hacer al respecto. Una es que justamente al banco Elca se le estaban imponiendo tales cualidades en esas operaciones, en vista de su situación precaria y sospechosa, por lo que la SUGEF estaba procediendo con más celo en lo que le concernía. Luego, es indudable que con su actividad, esa supervisión intenta garantizar la estabilidad del mercado financiero nacional y su confiabilidad, la cual estaba minando Alvarado Moya y su banco, con el resultado final ya conocido. Tres, a Alvarado no se le está sancionando al respecto, ni por desobediencia, ni por una simple infracción bancaria (como dice el defensor), sino por haber consignado información falsa en los informes a ese órgano de control, lesionando seriamente no sólo la confianza pública en el mercado financiero nacional, sino impidiendo que con mayor anticipación la SUGEF tomara medidas precautorias inmediatas para reducir el daño particular y social que se estaba derivando del manejo irresponsable que llevó a la quiebra del Banco.

XIII.- En el décimo tercer motivo, alega el defensor que no se puede hacer una interpretación ampliativa del tipo penal que contiene el inciso b) del artículo 158 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, el cual sanciona la entrega de informes o datos falsos que tiendan a ocultar la verdadera situación financiera de una entidad bancaria. En consecuencia, si Alvarado Moya lo que entregó fue un "plan" y no un informe, sobre un estado financiero proyectado y no datos actuales, amén de que no se le podía ocultar a la SUGEF la vulnerabilidad de la cartera de crédito del Banco, lo que ya sabía, la conducta del endilgado pudo haber constituido una falta administrativa, mas no un delito. No lleva razón el recurrente. Se llamara "plan", "proyección", "reporte" o simplemente "documento", el memorial remitido por Alvarado Moya a la SUGEF, como se vio



arriba, contenía información (por eso es un informe) de las transacciones cuya realización se estaba pidiendo autorizar, incluyendo: “ a) la constitución de las provisiones adicionales, b) los nuevos créditos otorgados, y c) el cronograma de pago de aportes patrimoniales”, y afirmando que : “en estas proyecciones se muestra igualmente la viabilidad de esta propuesta y sus efectos en la situación financiera del banco, particularmente el que tendrá en los indicadores de solvencia y calidad de los activos.” Entonces, no era simplemente que estaban haciendo pronósticos o augurios ociosos o sin fundamento de los réditos de tales transacciones que proponían, sino que a partir de los datos aportados (que luego se revelaron falsos), se estimaba en dicho informe que se iba a obtener un fortalecimiento de las endeblas condiciones en que se encontraba el Banco. Estas, aunque eran de conocimiento de la SUGEF, no incluían, sobra decirlo, que los datos de las operaciones que pedían autorizar eran falsos, es decir que las perspectivas de mejora y viabilidad que por esa vía mostraba el Banco, también eran falsos, lo cual redundaba en que se le estuviera ocultando a las autoridades la verdad en ese aspecto esencial. Por eso es que, a diferencia de lo que en beneficio de su cliente esgrime el gestionante, no estima la Sala que la conducta de este se adecuara a una pura falta administrativa, sino que está categóricamente demostrado que era una acción criminal.

XIV.- Como penúltimo reproche, indica el defensor que, pese a que se acordó por parte del juez del procedimiento intermedio la cesura del debate, a fin de que la fijación de la pena tuviera una fase exclusiva, ello no se realizó, pues el Tribunal estimó que la defensa no había ofrecido pruebas sobre tal necesidad. Reclama entonces que ello afectó los derechos de su cliente, quien podía “... verse gravemente maltratado si el tema de la fijación de la pena no es objeto de la atención debida” . No es de recibo el alegato . Para empezar, porque como lo reconoce el propio petente, cuando se dio esa decisión, la defensa estuvo conforme con la misma y no la impugnó. En segundo lugar, porque aunque así hubiera sido, el recurrente no demuestra el interés procesal de que el debate se realizara en las argüidas dos fases. Comentar que eso permite prestar mayor atención al juicio de reprochabilidad, o que el enjuiciado puede verse maltratado si no se le presta la debida atención, no comprueba que en este caso efectivamente sucediera. Esto es, no demuestra el agravio que cree que se produjo, sino que alega en abstracto y no respecto al caso concreto. En este, por el contrario, como ya en cada uno de los segmentos lo ha establecido esta resolución, se observa un manejo cuidadoso del a quo a la hora de fijar la sanción y una actitud amplia de sopesar los diversos factores relevantes. Sin lugar el motivo.

XV.- El último alegato interpuesto por el defensor, se refiere la gravedad de la pena que le fue impuesta. Documenta su queja con los datos del informe de Desarrollo Humano del año 2005, el cual apunta que la vida media en Costa Rica (se supone que para los varones) es de 78.2 años. Si Alvarado Moya cuenta con cincuenta años y le fueron impuestos veintitrés de privación de libertad como pena, eso implicaría que dos tercios de los años que le restan de vida (o más, en vista de las duras condiciones de la reclusión), los pasaría en prisión. Esos años, probablemente serían los más productivos de su vida, dice el recurrente. Todo esto en menoscabo de la función rehabilitadora de la pena. Con ello, sostiene, violentó derechos elementales de su cliente, lo que se evidencia en el trato que le confirió el a quo al referirse a él y en enfatizar en sus aspectos desfavorables. Por eso, afirma, lo conducente es unificar las penas o reducir cada una de ellas, de forma que el total no resulte tan elevado. No es atendible el motivo . En primer lugar, el tema de si por la forma de redactar o de exposición de sus razonamientos, el a quo muestra una indisposición hacia el acusado, ya fue decidido anteriormente. En segundo término, en el presente caso se está ante una sumatoria de las penas impuestas por cada uno de los cuatro delitos cometidos por Alvarado Moya. De forma que lo procedente no es cuestionar la suma de las mismas (visto que no se aplicó el triple de la mayor sino la suma, que le resultaba mejor al encausado), sino más bien

cada una de las penas, como en efecto se hizo en este recurso y fue oportunamente declarado sin lugar en los segmentos respectivos, al estimarse que cada una de las sanciones estaba correctamente fijada. De hecho, en ningún caso se le impuso penas que se acercaran al máximo, sino que la estafa y la administración fraudulenta fueron levemente superiores a la mitad; en el uso de información privilegiada se le impuso el mínimo; y, en el suministro de información bancaria falsa, se le fijó un año más que el mínimo y dos menos que el máximo. Entonces, no se puede aseverar que hayan sido penas degradantes o crueles. Ahora bien, una pretendida unificación no es posible, porque esta solo es viable si se trata de un concurso ideal, cosa descartada en esta causa al no tratarse de una única acción, o de un concurso material, en cuyo caso se le podría imponer el triple de la pena mayor. Sin embargo, en tal caso le resulta más desfavorable que la sumatoria practicada, pues mientras que esta arrojó un total de veintitrés años de prisión, la pena unificada del concurso por la regla del triple de la mayor, sería de veinticuatro. Finalmente, debe subrayarse que es cierto que la pena tiene la finalidad de la rehabilitación, pero el margen necesario para esta, se halla establecido por el legislador dentro de los mínimos y máximos sancionatorios; por lo que no se puede decir que, por ejemplo en un delito gravísimo, tratándose de una persona mayor, por quedarle poco tiempo de vida, la sanción debe incluso ser menor que el mínimo. Hay que respetar tales márgenes y adecuar la sanción dentro de los parámetros que postula el artículo 71 del Código Penal, que ordena mirar no sólo a las circunstancias personales del partícipe como su edad, sino también a los motivos que tuvo, a las posibilidades de adecuar su conducta conforme a Derecho, al daño generado a la cantidad de ofendidos y a su proceder posterior a los acontecimientos, renglones estos en los que, como ya largamente se ha explicado, Alvarado Moya está en una posición de reprochabilidad.

XVI.- Debe concluir la solución de este recurso haciendo alusión a la prueba documental ofrecida en el mismo y consistente en el documento visible a folio 17564, en que se dice que el porcentaje de devolución de sus valores a los acreedores legalizados, es de un 74%, lo que comprueba, dice el defensor, que el imputado no fue ningún “ saqueador ” . En realidad, ese documento no aporta ningún elemento que haga cambiar las conclusiones del fallo que fue impugnado. En primer término, porque ello se referiría únicamente al delito de administración fraudulenta. No al delito de estafa en daño de Night Glow sociedad anónima, cuyo crédito no formaba parte de los pasivos del Banco Elca, ni al uso de información privilegiada, ni al suministro de información bancaria falsa, que tampoco tienen que ver con el nivel de recuperación de los acreedores. Por otra parte, en lo que estrictamente a la administración fraudulenta se refiere, el que haya un 74% de recuperación, no suprime los manejos dolosamente irregulares ya ampliamente descritos, los cuales redundaron en detrimento de los ahorrantes, aunque estos hayan recuperado tres cuartas partes de sus valores. Y, para terminar, no puede alegremente afirmarse que ese es el margen total de recuperación, dado que el propio certificado dice que es sobre los créditos legalizados , existiendo otros cuya legalización todavía está siendo discutida en vía judicial, por lo que se desconoce cuál será el grado final de recuperación de la masa acreedora. Sin lugar el recurso.

XVII.- El codefensor Juan Carlos Sbravatti Montoya, por su parte, alega en el primer motivo de su libelo impugnativo, que el Tribunal dejó de lado la demostración de quién es el socio propietario de las sociedades anónimas Night Glow y Montañas Mágicas del Sur, pues la legislación mercantil establece las formas en que ello se acredita. “...el Tribunal de Juicio debe tener certeza que quien (sic) es el socio, para lo cual no basta con ampararse en el estribillo o frase rutinaria y de uso cotidiano como lo es ‘...que en materia penal rige el principio de libertad probatoria (artículo 182 del Código Procesal Penal)’ ” . De ninguna manera es atendible el reparo . Una norma de ley no es un “estribillo” , ni es una “frase rutinaria” , sino una prescripción que el legislador ha instituido para que se obedezca. En este asunto, para que sea aplicada en el proceso penal. Así que, si como lo



aseveró el a quo, el susodicho principio permite que, como ya se ha dicho en estas páginas, los hechos o circunstancias relevantes puedan ser probados por cualquier medio lícitamente obtenido, también lo puede ser la titularidad de las acciones de tales sociedades, para lo cual se contó con los testimonios de los señores Garber y Henderson, así como de abogado Rojas Rodríguez, quienes como ya se dijo antes, dieron fe de quién es el propietario de esas sociedades. Por consiguiente, sí hubo pruebas aptas para tener por cierto que el accionante dueño de ellas sociedades es el señor Maynard Garber.

XVIII.- El segundo reparo consiste en que, según el petente, la querrela no cuenta con una imputación de hechos concretos, pues el acusado tiene derecho a conocer de qué se le acusa, siendo una contradicción afirmar que la querrela no es “ emulable ” en su redacción, pero que permite saber cuáles son los hechos endilgados. No es de recibo el reparo . Para empezar, no es cierto que entre esas dos últimas aseveraciones del a quo, haya contradicción. Algo puede estar mal redactado o de un modo que no es el mejor, y sin embargo quedar en claro, como sucede en el presente caso. De suerte que no se da la contradicción que el defensor acusa. Segundo, aparte de lo anterior, deber tomarse en cuenta que los hechos de referencia eran de conocimiento de las partes, pues además habían sido expuestos en la acusación fiscal, lo que dirimía cualquier dubitación que se tuviera. Como si eso no bastara, debe recordarse aquí que ese no fue un defecto alegado por la defensa, sino que en esta fase viene a reclamarlo sin que atine a señalar un aspecto concreto en el que, como producto de la confusión que censura, las cosas no fueran intelegibles y ello imposibilitara la defensa, o bien por qué eran ambiguas o a qué confusión daban pie, como dice que sucedió. Por último, tampoco se ha demostrado que Alvarado Moya fuera sancionado por un hecho acusado ambiguo o vago, sino que lo fue de conformidad con los que estaban delimitados en las piezas acusatorias.

XIX.- Como tercer alegato, se dice que fueron excluidos como pruebas útiles los documentos emanados por la Junta Liquidatoria del Banco Elca, sobre transacciones sostenidas con Inversiones Tres Mil y Grupo Prisma Asem, ambas sociedades anónimas y representadas por Javier Filloy Esna. Dichas probanzas eran importantes para demostrar la participación de este en los hechos investigados. No obstante, esos documentos fueron excluidos por no haber sido solicitados por el interesado ni haber sido dispuesto judicialmente el levantamiento del secreto bancario al respecto. “...el Banco Elca S.A. es un banco declarado en Quiebra (sic) mediante una resolución judicial, consecuentemente sujeto a un proceso de quiebra. No analiza el distinguido Tribunal, que bajo esa condición legal, Banco Elca S.A., carece de Licencia Bancaria...” De seguido aporta algunas normas de la Ley Orgánica del Banco Central, ninguna de las cuales tiene relación directa con el punto que se discute, salvo la 133, en que se establece el deber de discreción y manejo restringido de la información. No resulta atendible el reproche . Esa última norma que se cita, más bien viene a reforzar lo sostenido por el a quo; a saber, la obligación de los involucrados en las transacciones bancarias de no revelar información relativa a los interesados. De modo que sí existe ese deber genérico, denominado “ secreto bancario ” , a fin de que no trascienda, salvo orden judicial en contrario, esa información a personas ajenas a la transacción. El hecho de que el Banco Elca fuera declarado en quiebra, no significa una exención de ese deber o secreto bancario, pues lo que se protege es la información relativa a las personas involucradas en esas transacciones, las cuales todavía tienen derecho a que aquella no se difunda, aun y cuando el Banco haya sido declarado en quiebra. No hay duda, de que tales informaciones llegaron a ese banco justamente a raíz de su giro comercial, al igual que tampoco la hay de que, sea con esa entidad en quiebra o no, tales clientes tienen derecho a que se tutele el acceso restringido a su información. Siendo así, correctamente procedió el Tribunal al excluir los documentos aludidos, ya que estos, al no haber sido solicitados por el derechohabiente ni ordenados judicialmente, infringían

ese deber de reserva e incluso la norma misma que aduce el quejoso.

XX.- Como cuarto y quinto motivos, dice el defensor que los documentos provenientes de Bahamas sobre la cuenta corriente de la sociedad anónima Bosques de Ayarco en el Transamerica Bank and Trust, no contaron con las autenticaciones del caso ni fueron trasladados siguiendo la cadena de custodia. Señala que esto limitó la defensa de su representado, sin que sea válido decir que al haber hecho uso de dicha prueba, la defensa había saneado cualquier defecto que contuviera. No lleva razón el impugnante. Ciertamente el argumento de que, al haber hecho uso de ellas los interesados sanearon los defectos de la prueba, no es válido, pues implicaría que, por ilegítima que fuera, al ser usada por la contraparte, una prueba adquiere legitimidad. Sin embargo, ese no es el razonamiento del a quo. Este se preocupó más bien por las repercusiones de los defectos en el trámite y traslado de esas probanzas, concluyendo que ni en un caso ni en otro tenían relevancia alguna. En lo concerniente señaló: "Por ende, llevaría razón la defensa en su planteamiento inicial (no así en lo relativo al secreto bancario pues es la normativa del estado receptor quien debe determinar si existe o no, se levanta o no, etc. sin que le quepa al juez nacional decidirlo y esas normas extranjeras deben ser probadas), más al haber hecho uso de la prueba, convalidó los errores formales y le otorgó validez a ella, de modo que ello conduce al rechazo de la gestión. En cuanto a la cadena de custodia de la evidencia no se argumenta ningún agravio específico con ella. Consta que el órgano competente de Bahamas envió directamente la documentación a la Fiscalía nacional y la prueba es fácilmente reproducible ante nueva solicitud, de modo que el alegato nuevamente conduce a dar culto a las formas por si mismas consideradas. No obstante lo anterior, hay que advertir que aún si se le diera completa razón a la defensa y se suprimieran hipotéticamente todos esos documentos, ello en nada afectaría las conclusiones a las que ha arribado este tribunal y relativas, como se indicará en adelante, a la responsabilidad penal de Carlos Alvarado en el delito de estafa en perjuicio de Night Glow S.A. pues ese legajo de prueba N° 91 (y su respectiva traducción en folios 14958 a 15087 del tomo XXV) lo único que permite colegir es el destino final de parte de los fondos recibidos por Carlos Alvarado, sin que ello sea necesario pues al haberse acreditado que él los recibió y obtuvo de esa forma un beneficio patrimonial antijurídico (como se analizará en su oportunidad), poco importa cuál fue la ruta que siguió el dinero pues esa sola recepción, el depósito en cuentas personales, la no acreditación a favor de la entidad ofendida en cuentas del Grupo Elca (como lo indicaran los interventores en los documentos de folios 9814 a 9816 del tomo XIX y las autoridades de Belice en los documentos de folios 35 a 40 del legajo de querrela de Cori Consulting and Financial Services S.A. al calificar de dudosa legalidad los certificados emitidos con fecha anterior a la autorizada para que ese banco operara y captara) y la no devolución de los dineros al ser requeridos, determina que existió tanto el perjuicio como el beneficio patrimonial indebido, como requisitos del tipo objetivo: "... el único destino lícito -no antijurídico- que pudo darse a los bienes era el que imponían las leyes o los contratos suscritos entre los bancos y sus clientes; cualquier otro destino que no derive de ninguna de esas fuentes normativas, es intrínsecamente y por definición, indebido. Dicho en otras palabras y a guisa de ejemplo, el uso final que puede darse, con apego a derecho, a dineros ahorrados es el de reintegrarlos al ahorrista (obligación surgida del contrato y de la ley), o trasladarlos a un tercero en casos excepcionales o bien retenerlos (v. gr.: por embargo o inmovilización judicialmente decretados). Así, la tesis de que se desconoce el paradero de los fondos es por completo inútil para evidenciar o sugerir algún destino lícito (el hecho mismo de que se desconozca dónde están atenta ya contra el derecho) y más bien demuestra, sin ningún género de duda, que se consumó un perjuicio patrimonial injusto como contrapartida de un beneficio económico indebido." Sala Tercera, voto N° 231-2003 (el destacado es del original). Además, existe la fuente independiente que es la misma declaración de Hernán González que refirió -antes de que se le mostrara ese legajo- que el dinero fue depositado en la cuenta de Bosques de Ayarco, sociedad que pertenecía a Carlos Alvarado y que se usaba para pagar sobregiros del mismo Alvarado, declaración que cuenta con el



apoyo de los informes del OIJ que se pronuncian al respecto también antes de recibirse el citado legajo. Ergo, aún cuando se suprimiera hipotéticamente la totalidad del legajo de prueba N° 91 y su respectiva traducción (que no tiene por qué darse al haber existido convalidación de los vicios formales no absolutos y fuente independiente de esa información), las conclusiones sobre la responsabilidad penal de Carlos Alvarado en el delito de estafa en perjuicio de Night Glow S.A. permanecen incólumes, como se ahondará en el acápite respectivo (considerando V).” (folios 17047-17049). Por ende, al no haberse concretado cuál fue el agravio efectivamente sufrido por el manejo que se le dio a esas pruebas, o que estas fueran adulteradas o devaluadas a raíz de ello, el tema de la inobservancia de la cadena de custodia se desvanece. En tal sentido, la jurisprudencia nacional ha sido reiterativa al indicar que no basta la simple alegación de que no se observó la cadena de custodia, para que el motivo sea acogible. Se precisa demostrar que se dio alguna irregularidad y que esta repercutió en la calidad de la prueba o su contenido, sea deteriorándola o adulterándola. Así, incluso si hubiera alguna anomalía, esta no tendría interés procesal si, como en este asunto, no se logra determinar esas consecuencias, siendo a lo sumo una infracción administrativa, pero sin interés procesal para la solución de la causa. No obstante, lo verdaderamente importante es que, como dijo el a quo, prescindiendo hipotéticamente de los citados documentos, las conclusiones incriminatorias contra Alvarado Moya se mantienen firmes, pues esas piezas probaban cuestiones de escaso interés, como el manejo de las cuentas bancarias del sospechoso, mientras que las circunstancias relevantes que demostraban, lo fueron también por múltiples fuentes independientes de aquellas. Sin lugar los motivos.

XXI.- En el siguiente motivo, el defensor entra a cuestionar casi la totalidad de la prueba testimonial relevante recabada en el debate, descalificando a unos testigos por unas razones y a otros por otras. A su juicio, en resumen, todos los testigos son sospechosos de estar faltando a la verdad y de ocultar algo. Para empezar, critica que se diera fe a las declaraciones de Javier Filloy Esna, Jorge Luis Zamora Varela, Martín Bolívar Solano Solano, Hernán González Peña y Mario Enrique Vargas Aguilar, pues quedó demostrada su participación en los hechos sucedidos y su conocimiento del campo bancario. Luego, descalifica a Gloria Navas Montero, Ricardo Rojas Rodríguez, Francisco Luis Vargas Soto y James Dale Henderson, por su relación con el señor Maynard Garber. Finalmente, hace lo mismo con el señor Álvaro Castro Garnier y la señora Virginia Chang Jiménez, por ser personas que están acostumbradas a relacionarse con abogados, por lo que no es verosímil que actuaran inocentemente en estos hechos. Los alegatos no son de recibo. Debe comenzarse diciendo que no es cierto que el Tribunal no exponga en su razonamiento probatorio por qué da fe a cada uno de esos declarantes y, en general, al elenco probatorio. Hacer aquí una enumeración de los diversos aspectos que el a quo tuvo por demostrados basándose en tales probanzas, es ocioso. Pero el recurrente y las personas interesadas pueden comprobar que, en cada hecho importante, se dice en qué pruebas se basa cada hecho demostrados y la explicación del porqué. Sugerir, indiscriminadamente que todos los testigos son sospechosos, o que el único que dijo la verdad es el acusado y los demás comparecientes (por diversas razones) están conjurados contra él, es excesivo y falta de todo sustento. De forma que, aunque es cierto que dos de ellos participaron con algún nivel de responsabilidad en los acontecimientos (Filloy Esna y González Peña, quienes conciliaron por esos actos), de los demás no hay resquicio alguno de duda que arroje sombra sobre sus testimonios. A como tampoco es atendible el comentario de que por tener relación profesional con alguien o muchos años de experiencia en un área, el declarante va a alterar su testimonio o esconder algo. Antes bien, como ya largamente se explicó páginas atrás, esas probanzas resultan internamente consistentes y acordes al contexto, confirmándose mutuamente y con las piezas documentales allegadas al proceso. Si es que el recurrente estima que alguno de ellos incurrió en un ilícito, puede proceder a denunciarlo, dando los elementos del caso. Pero, mientras no existan tales elementos, sino presunciones de oportunidad, en la que la urgencia por demeritar los abrumadores factores incriminantes para su



cliente puede empujar a este tipo de estrategias, esa argumentación no es acogible. A menos que ello se pueda demostrar, y en este asunto ni siquiera se ha intentado, tales afirmaciones son precipitadas. Sin lugar al reparo.

XXII.- En el séptimo motivo de forma, reclama el quejoso la incorporación ilegal de prueba documental, consistente en la querrela de Cori Consulting and Financial, sociedad anónima. Esta, dice el codefensor, se refiere a hechos que están siendo juzgados en otra sede y no fue puesta en conocimiento de las partes. Por otra parte, el Tribunal no valoró la prueba de folios 17164 a 17185, sino que solamente la cita. Nuevamente debe rechazarse el motivo por falta de interés procesal. Como ya se advirtió arriba, no basta la mera enunciación de una falta o irregularidad (si es que existe) para estimar que ello es un defecto de la sentencia o que incluso este lleve a su nulidad. Es requisito para ello que se demuestre que la falta en cuestión (si existe) ha repercutido en la sentencia y que el contenido relevante de esta no puede subsistir con ese defecto. No obstante, si como en este asunto, el reclamo es que se tomó en cuenta prueba de una querrela de otro proceso (para lo cual, por cierto, no hay ningún impedimento, por el principio de libertad probatoria ya explicado), o que esta no fue puesta en conocimiento de las partes, o bien que solamente se cita en el fallo esa prueba, sin bastantearla, es preciso demostrar el agravio procesal. Esto es, cuál fue la lesión específica que se alega como ocasionada. Por ende, acotar por qué esa prueba fue importante, en qué hubieran cambiado las cosas sin ella o si las partes la hubieran tenido al acceso, o en qué era apreciable la necesidad de que se valorara explícitamente toda la prueba enumerada. Pero, el recurrente se limita a recriminar que se incorporara cierta prueba, sin mencionar siquiera su contenido y aun menos su importancia. Al igual que tampoco explica por qué considera que alguno de los documentos enlistado por el a quo en el conjunto de la prueba de ese tipo, dejó de ser ponderado y su trascendencia. De hecho, reclama que no se valorara todos los documentos, sin explicar por qué era importante hacerlo con alguno en específico o cuál de ellos le resultaba de interés y por qué. Por lo demás, la Sala debe certificar que la prueba ponderada por el a quo es la importante, sin que se pueda notar que alguna pieza de relevancia quedó sin ser examinada, cosa que como se dijo, el recurrente ni siquiera intenta demostrar.

XXIII.- En el primer motivo de fondo, reclama el defensor que no se pudo demostrar la existencia de ardid en los sucesos relacionados con el señor Garber, pues no se demostró que el banco en Belice no existiera, sino que consta un contrato de alquiler para ubicar el mismo, que hubo funcionarios del Banco Elca que fueron allá para diferentes tareas, que los certificados de inversión entregados por Javier Filloy Esna acreditaban su existencia efectiva, y que no hubo vicio en el consentimiento de los contratantes, amén de que el convenio suscrito en Guatemala contenía una cláusula arbitral que les imponía dirimir sus controversias en esa vía. No es aceptable el motivo. Debe empezar diciéndose que el recurso de fondo está previsto para comprobar la correcta aplicación de la ley sustantiva a una especie fáctica determinada. Esto no es viable si, para favorecer la impugnación, se entra a desconocer el cuadro de hechos contenido en el fallo, pues se vuelve inexacta la premisa fáctica del análisis. Esto puede suceder incluyendo aspectos que no se tuvieron por demostrados o, como en este asunto, negando otros que sí lo fueron, cual sucede con la existencia de un ardid y un perjuicio patrimonial. Por esa situación, el examen que solicita el defensor no es atendible. De cualquier modo, vale comentar que todos esos aspectos fueron examinados y resueltos en el considerando V de esta resolución, en el que se dijo que no es cierto que el Banco estuviera habilitado a trabajar en Belice al momento de darse el engaño en detrimento del señor Garber. Con posterioridad fue autorizado, pero ello fue mucho después de consumado el delito, en el que Alvarado Moya lo hizo caer en error, ofreciéndole inversiones en un banco que no operaba entonces, y destinando los tres millones de dólares que aquel le dio, para otros fines personales. por lo que debe estarse a lo allí dispuesto. Ahí estaba el vicio de la voluntad.



Si luego esa parte estuvo dispuesta a suscribir un acuerdo en la ciudad de Guatemala para tratar de arreglar las cosas, fue como se dijo para tratar de rescatar algo. O, como dijo el señor Rojas Rodríguez “del ahogado, el sombrero” . No porque no hubieran sido engañados, pues tanto las propuestas del endilgado, la existencia de una oficina en la ciudad de Belice y hasta de unos certificados de inversión, formaban parte de la misma puesta en escena defraudatoria. Para terminar, el hecho de que hubiera una cláusula arbitral, no implica ni mucho menos que todas las controversias de las partes deban dilucidarse por esa vía, pues está prevista para contenciones patrimoniales, no criminales, como es la que nos ocupa, las cuales deben ser resueltas por los tribunales penales competentes.

XXIV.- A continuación, como segundo motivo de fondo, esta vez en lo referente a la administración fraudulenta, vuelve el defensor a intentar desacreditar los testigos cuyas declaraciones comprometieron la responsabilidad penal de Alvarado Moya. Asimismo, insiste en que no se comprobó que su defendido fuera el autor de esos hechos, ni tampoco el monto de perjuicio generado al Banco. Sin lugar al reparo . Como se ve, nuevamente incurre el defensor en el error de formulación ya indicado en el considerando precedente, al negar en su alegato de fondo los hechos que se tuvieron por ciertos, según consta en los hechos probados 28 a 69 (folios 17192 a 17204). En lo tocante a la descalificación de los testigos que pretende hacer, debe estarse a lo ya dispuesto en el considerando XXI, en el que se le explicó que la simple sospecha no es razón para desechar el testimonio de un declarante, máxime si (como en este asunto) tales testigos resultaron convincentes y concordantes entre sí y con relación al resto de la prueba de cargo, que es comparativamente apabullante respecto a la de descargo, que se reveló como ligera e insustancial. Para terminar, el tema de los montos que alcanzaron los hechos efectuados por Alvarado Moya y constitutivos de la administración fraudulenta, fueron expuestos en los considerandos VII, VIII e IX de esta resolución, remitiéndose en lo pertinente a la sentencia del a quo. Por ende, sí está demostrado al menos el perjuicio mínimo sufrido (en el proceso de liquidación, aún no se han precisado la totalidad de las cuentas del Banco), el cual inobjetablemente hace que las acciones configuren una administración fraudulenta mayor. Sin lugar al reparo.

XXV.- A continuación, se alega la mala aplicación de una norma de fondo, recurriendo a alterar los hechos demostrados, el codefensor indica que “...Alvarado Moya no podía ni tenía medio para conocer que el Banco Elca sería intervenido un día después de la redención de la familia Herrero Zamora... Todo el esfuerzo intelectual que hacen los jueces del Tribunal resulta inútil por cuanto no logran demostrar el conocimiento real que le endilgan a Alvarado Moya, para sustituirlo por una presunción...” Finaliza diciendo que el acusado no enajenó ningún título, sino que esa transacción representó un ingreso para el Banco, del que no se comprobó que tuviera problemas de liquidez. No es de recibo el agravio . Aparte de los defectos de formulación ya apuntados, el gestionante omite tener en cuenta que efectivamente ese egreso de fondos se había operado cuando Alvarado Moya autorizó irregularmente un crédito para la sociedad anónima Kiona de San Francisco, el cual pretendía ocultar con el dinero de la redención anticipada de los certificados provenientes de los hermanos Herrero Zamora. Luego, que había problemas de liquidez en ese momento, se lo dijo él mismo a esos clientes, de modo que es una situación de la cual sí hubo prueba. Finalmente, información privilegiada no era sólo tener conocimiento de la fecha en que es probable que el Banco fuera intervenido por la SUGEF. También lo era el conocimiento de la situación endeble de Kiona de San Francisco, la condición crítica del Banco Elca, de la debacle en la cartera de crédito y de las maniobras abusivas y delictivas que se habían ejecutado para dar largas a los problemas, agravando los mismos. De todas esas situaciones estaba al tanto Alvarado Moya, quien utilizó esa misma información para continuar con su actuar irregular. También esto fue extensamente expuesto en el considerando VII, con sustento en el bagaje probatorio articulado por el a quo. Fue

así como, lejos de ser un “ ingreso ” para el Banco, como dice el defensor, Alvarado Moya lo que intentaba era encubrir el egreso que irregularmente había autorizado, y “...la manera más fácil de obtenerlo fue adquiriendo los certificados de inversión de la familia Herrero pues, de otra forma, no tenía dinero para hacerlo.”

XXVI.- En el cuarto motivo de fondo, se dice que en cuanto a los créditos back to back , la sentencia omite valorar los argumentos de la defensa y no señala el bien jurídico tutelado, sin que la SUGEF pueda ser uno, pues forma parte del Banco Central de Costa Rica. Dice que ese órgano no puede ser tenido como ofendido y que el a quo no dijo en qué consistió la puesta en peligro que configura el delito. No lleva razón el quejoso . En su reclamo, no dice ese defensor cuáles son los argumentos de la defensa que la sentencia dejó de valorar, ni tampoco su importancia, sino que se limita a apuntar en general esa pretendida omisión, sin demostrar el interés procesal de su insatisfacción. En segundo término, debe aclarársele que, cuando se habla de un bien jurídico, no se hace alusión a su portador o a la entidad que lo encarna (el individuo o persona jurídica específico), sino al interés protegido jurídicamente. Así, el bien jurídico del homicidio no es una u otra persona, sino que este se plasma en ellas: la vida. De tal forma que discutir si la SUGEF es una entidad autónoma o forma parte del Banco Central de Costa Rica, no sólo carece de toda importancia, sino que pasa por alto considerar que lo que se está tutelando no es la entidad en sí misma, sino lo que esta resguarda (la confiabilidad del mercado financiero nacional) y en general de los documentos emanados de las instituciones bancarias; pero, sobre todo, como es obvio, que se protege el patrimonio de quienes habían confiado en esa entidad bancaria. Por consiguiente, el ofendido, como dice el fallo, es el sistema bancario nacional, que vio parcialmente desmerecida su credibilidad por las acciones del justiciable, y en particular los ahorrantes o inversionistas que confiaron en el Banco fallido. Para finalizar, debe decirse que la sentencia sí consigna explícitamente cuál fue el daño ocasionado por Alvarado Moya a través de esos hechos. Al respecto establece: “...se ha vulnerado efectivamente el bien jurídico tutelado por la norma que no es otro que la protección a los ahorrantes, aunado a que su conducta contradice el ordenamiento jurídico como un todo, y puso en peligro la estabilidad del sistema financiero costarricense, al vulnerar la confianza pública en el sistema financiero nacional, bien jurídico también reconocido y tutelado por nuestra legislación; lo que implica, necesariamente, el respeto a los bienes que el público ahorrante confía a las instituciones financieras que captan el ahorro público y, por ende la deferencia de éstas con la supervisión de que deben ser objeto. De tal suerte que no se trata, como lo señaló la defensa de Alvarado Moya, de la protección de bienes jurídicos abstractos o indebidos, sino cimentados en la especial tutela al público ahorrante y al sistema financiero. Tal y como lo dijo el Superintendente General de Entidades Financieras Oscar Rodríguez Ulloa: "Se ocultaba la verdadera situación financiera. Se mejoraba situación patrimonial de la entidad (...) Si hubiera seguido funcionando el público hubiera perdido sus negocios"; lo que ciertamente de haber logrado su propósito el encartado Alvarado Moya se hubiera dado con mayores perjuicios para inversionistas y ahorrantes. Además esa confianza pública se deposita en las personas a quienes se les ha depositado la administración de los bienes, en este caso banqueros como Carlos Alvarado Moya, quienes han de tener lealtad y cuidado para la protección de esos bienes jurídicos para su protección, lo que se vulnera cuando se suministra información falsa ocultando la verdadera situación financiera de la institución a la entidad supervisora, encargada por ley, no sólo de la supervisión sino de avalar la prestación del servicio. Allí el peligro al bien jurídico ya no era abstracto -que, en todo caso, no es inconstitucional como lo ha indicado la Sala Constitucional- sino concreto, desde que esa actuación del imputado pretendía ocultar otras irregularidades que ya se venían arrastrando.” (folios 17425-17426). Expuesto así, queda nítido cuáles fueron los bienes jurídicos tutelados, cuál fue el ataque que estos sufrieron y la forma en que ello sucedió. Sin lugar al recurso.

XXVII.- Por su parte, el encartado Alvarado Moya formuló casación, alegando en primer término que los fondos del Banco Elca no le eran ajenos, sino propios, pues al tratarse de depósitos irregulares, él asumía respecto a estos el carácter de propietario, por lo que no podía configurarse una administración fraudulenta. Para sostener su alegato, recurre a la cita de varios autores y a decir que el precedente dictado por la Sala al respecto, fue diferente, pues en aquel caso no había “depósitos irregulares” sino “comisiones de confianza”. No es de recibo el reproche. Ya el tema fue discutido y resuelto en el décimo considerando de esta resolución, por lo que debe estarse a lo allí dispuesto. En todo caso, conviene explicarle al quejoso que, el que el artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central prescriba que la intermediación financiera se hace “por cuenta y riesgo del intermediario”, de ninguna manera significa que este se vuelva propietario de los fondos que se le confían. Aun más, esto se evidencia en quiénes se ven afectados ante el fracaso, el cual no se concentra sólo en el intermediario; cosa que comprueba que los depositantes mantienen un papel preponderante, que como se dijo no es simplemente un derecho crediticio, sino que pierden sus bienes. Tanto es así que, cuando las cosas no se manejan bien, el riesgo no lo corre sólo el depositario, sino los depositantes, e incluso en muchos casos (como el presente) el intermediario no es el que asume ese riesgo, sino que lo extiende a los ahorrantes y son estos (y no aquel) quienes sufren las consecuencias de los hechos, sin que el intermediario asuma la responsabilidad financiera que le compete. Luego, debe corregirse la lectura errónea que del artículo 528 (relacionado con el 524 y el 529) del Código de Comercio hace el gestor. Cuando esa norma señala que: “En los depósitos de cosas fungibles el depositante podrá convenir en que le restituyan cosas de la misma especie y calidad. En este caso, sin que cesen las obligaciones del depositante, el depositario asumirá el carácter de propietario para los efectos de las pérdidas, daños y menoscabos que puedan sufrir las cosas depositadas” (el subrayado es suplido), es obvio que se está refiriendo a los avatares o veleidades que puedan acaecer a tales bienes o valores, que al estar en custodia o administración para su uso, deben ser garantizados en su incolumidad y solidez, por lo que en caso de pérdida o deterioro, la pérdida no la enfrenta el depositante, sino el depositario. Pero, a contrario sensu, para todos los demás efectos, el depositante no adquiere el carácter de propietario, como equivocadamente dice el recurrente, pues únicamente está autorizado para su uso, mas no adquiere la propiedad de los mismos. Sin lugar al reparo.

XXVIII.- En el segundo motivo, se afirma que el Tribunal aplicó erróneamente el tipo penal de administración fraudulenta, toda vez que hay normativa que resulta más específica que esta a la materia bancaria. “...la intención del legislador fue crear un fuero normativo específico regulatorio para este tipo de actividades desarrolladas por los bancos públicos y privados, porque sencillamente estas instituciones difieren en su propia naturaleza y en los fines que se persiguen de cualquier otra actividad comercial convencional...” Con remisión a la jurisprudencia de esta Sala en materia de narcotráfico, asegura que las acciones achacadas al imputado son configurativas de la conducta delictiva descrita en el artículo 159 de la Ley Orgánica del Banco Central, en relación al artículo 241 del Código Penal, y no una administración fraudulenta. Aquel impone una pena de prisión para los directores, administradores, gerentes o apoderados de una entidad sujeta a fiscalización de la SUGEF que incurran en las acciones previstas en el artículo 241 del Código Penal, o sea que preste su concurso o consentimiento para que se efectúen actos contrario a los estatutos o la ley, de lo cual pueda derivar perjuicio para su representada o el público. En apoyo de su gestión, el endilgado se remite a algunos trazos del fallo recurrido, en los que se dice que autorizó indebidamente créditos o manipuló los mismos a favor de sus sociedades. Insiste en que, al contener la Ley Orgánica del Banco Central normativa específica para ese tipo de entidades y sus personeros, la responsabilidad de estos estará cubierta por esas normas y no otras. Desde otro ángulo, reprocha el justiciable que no se le aplicara el artículo 239 del Código Penal, en vez del delito de estafa, porque aquel reprime a quien ofrezca al público bonos, acciones u obligaciones “...disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever



hechos o circunstancias falsas...” , describiendo así las acciones que se le atribuyeron a él como ejecutadas en detrimento de la sociedad anónima Night Glow. No es atendible el reparo . Hay una diferencia fundamental que el encausado no está haciendo: los tipos penales contenidos en los artículos 239 y 241 del Código Penal tutelan la buena fe en los negocios. En este asunto, no sólo estamos ante una infracción a ese bien jurídico, sino ante un daño patrimonial, que aquellos no cubren. Por eso, desde el inicio mismo, debe descartarse que se esté ante normas que regulan los mismos actos. Es decir, debe descartarse que se esté ante un caso de concurso aparente de normas por consunción del disvalor. Pero, para explicar más paulatinamente el asunto, es oportuno recapitular acá las nociones básicas de un concurso aparente de normas. Este, como es sabido, se da cuando dos o más preceptos concurren a regular una acción, pero se excluyen entre sí. En tales casos, según reza el artículo 23 del Código Penal, la regla especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra sobre la contenida, y la que la ley ha establecido como dominante lo hace sobre las subordinadas. En consecuencia, antes de entrar a discutir cómo se resuelve este asunto, a fin de determinar si es que hay un tipo penal especial o uno que contiene el desvalor del otro, o cuya aplicación se haya supeditado a que no se aplique otra, debe definirse para el primer argumento (esto es, la autorización de actos indebidos versus la administración fraudulenta) si es que ambos artículos, amén de constituir delitos en sí mismos, se refieren a la comisión de otros actos delictivos a su vez. La respuesta es negativa y ello ahorra, una vez más, tener que ahondar en el tema del concurso aparente. Esto resulta innecesario sencillamente porque las dos normas citadas aluden a situaciones diferentes. Hay otras características que es menester acotar aparte de las características determinantes de los intereses tutelados a que se hizo referencia arriba; es decir que ni el artículo 239 ni el 241 del Código Penal reprimen el daño patrimonial, cosa que sí hacen los artículos 216 y 222 de esa misma ley, por lo que resultan ser los que mejor describen la especie fáctica comprobada. Así, mientras que la administración fraudulenta se refiere a una actividad compuesta por hechos delictivos por sí mismos, la autorización de actos indebidos se refiere a hechos que no son delictivos; esto es, la autorización de actos indebidos consiste en prestar su consentimiento o concurso para que se efectúen actos contrarios a la ley o estatutos, pero que no sean delictivos, pues en tal caso no se aplicaría el tipo penal del 241 del Código Penal, sino la figura delictiva correspondiente. O, para ponerlo de otro modo, el tipo penal del artículo 241 es subsidiario, se aplica si es que esos hechos no están sancionados por otra norma especializada, resultando que esta es la que califica como delictivos los actos que componen la actividad sancionada, a diferencia de los meros “ actos indebidos ” que es una calificación genérica de ilicitud en daño de la buena fe en los negocios. Es decir, que además no contempla la posibilidad de un daño patrimonial, sino la mera realización de los actos indebidos, siendo esta una circunstancia más que lo diferencia de la administración fraudulenta. Eso mismo excluye que se pueda hablar o pensar en la posibilidad de una suerte de delito de pasaje entre una conducta y la otra , puesto que como es conocido, el delito de pasaje es la afectación progresiva a un mismo bien jurídico, lo cual se excluye en este caso, en el que los bienes jurídicos comprometidos son diferentes: el patrimonio en los delitos de defraudación y la buena fe en los negocios contra la confianza pública, o sea que sancionan en ese orden cosas diversas como son el daño al patrimonio y el perjuicio a la confianza pública, respectivamente. Por ende, no es cierto que dichas normas concursen aparentemente entre sí. Adicionalmente hay otra diferencia, la cual consiste en que el artículo 241 del Código Penal el administrador o gerente “presta su concurso o consentimiento” , es decir cohonesto hechos ajenos, no los realiza por sí mismo. En tales casos (así como en aquellos en los que sea aplicable la comisión por omisión por estarse en la posición de garante), el delito aplicable será el que corresponda, mas no el genérico autorización de actos indebidos, el cual está previsto para los hechos por otros sujetos. En el presente asunto, es obvio en consecuencia, que el tipo penal aplicable era efectivamente el de administración fraudulenta, tanto porque la autoría de las acciones no fue de otros sujetos, sino que Alvarado Moya, quien no prestó su concurso o consentimiento, sino que efectuó él mismo los actos irregulares, así como porque esos actos irregulares no eran simplemente “ indebidos ” , sino delictivos y que aparte de un daño a la buena



fe en los negocios, repercutieron en un daño patrimonial para los ofendidos. En cuanto a las acciones cometidas en perjuicio del señor Garber y su sociedad Night Glow, debe decirse que nuevamente confunde el recurrente la taxonomía de ambas normas. El ofrecimiento fraudulento de títulos de crédito no cubre la causación de un daño patrimonial, sino que es un delito (al igual que el previsto en el artículo 241) contra la confianza pública. Así que basta el mero ofrecimiento de esos bonos, acciones u obligaciones, para que se tenga por configurado el delito, aun cuando nadie los hubiera adquirido o se hubiera visto afectado al verse inducido a engaño. Cuando ello sucede, los acontecimientos trascienden al plano de los delitos contra el patrimonio y son susceptibles, ya no sólo de ser perseguidos como ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito (cosa que, por cierto, en este caso se pasó por alto debatir), sino también como estafa, pues amén de una lesión a la buena fe en los negocios, lo es también al patrimonio de los agraviados, desvalor este que no está ni descrito ni contenido en el citado artículo 239. De ahí que, al igual que en lo concerniente al tópico de la autorización de actos indebidos, no se esté, como dice el recurrente, ante un concurso aparente de delitos, sino de dos normas que no se excluyen entre sí ni protegen los mismos intereses, pues se puede hacer un ofrecimiento fraudulento y afectar así la buena fe en los negocios, sin generar un daño patrimonial, o al revés, lo que corrobora que no son normas que se refieren a la misma especie fáctica ni una contiene el desvalor de la otra.

XXIX.- En el tercer motivo de fondo, se asevera que en la especie no se cumplieron los componentes objetivos del tipo penal de uso de información privilegiada, pues la información que no tiene la capacidad de influir en el precio de los valores emitidos, no se considera como privilegiada. En el presente asunto, las redenciones efectuadas por anticipado lo fueron por su precio nominal, sin que se obtuviera ningún beneficio adicional. Lo que se intenta prohibir, dice el petente, es que se altere la especulación normal de la bolsa, a través del manejo que posibilita saber qué puede o no suceder. Siendo que la transacción con los hermanos Herrero Zamora aconteció fuera de la bolsa, no estaría cubierta por ese artículo ni los de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, que en sus numerales 101 y 102 hablan del “mercado de valores”. No lleva razón el impugnante. El mercado de valores no es únicamente la bolsa, al igual que el “mercado” en general no es un lugar específico. Es una actividad. En ese sentido, qué duda cabe que el Banco Elca, al igual que muchos otros operadores, actuaba en el mercado de valores, aun cuando muchas de esas transacciones no tuvieran lugar en la bolsa. Por ende, sí se aplica a estos hechos las susodichas hipótesis que vedan el uso de información privilegiada. Por otra parte, que la información de que disponía el acusado era privilegiada, surge a las claras no sólo del razonamiento del a quo, sino de la propia transcripción que hace el acusado en su recurso, cuando se afirma que “La información privilegiada ha de ser tal que de hacerse públicamente influiría en los precios (price sensitive information). De ahí que no toda información no pública pueda ser considerada información privilegiada” (López Barja, Curso ... , p. 347). Entonces, de la misma cita textual hecha por el recurrente se confirma que esa información sí era privilegiada. ¿O es que acaso el valor de los certificados que negoció con los hermanos Herrero Zamora hubiera llegado a sus manos de no ser porque ocultó información sobre las condiciones del crédito y de las acciones que la sociedad anónima Kiona de San Francisco? ¿O que la deuda que esa sociedad sostenía con el Banco Elca procedía de un crédito irregularmente concedido y con una garantía cuestionable? Irrefutablemente, si los inversionistas hubieran sabido la situación crediticia y accionaria de tal sociedad, no habrían entregado los certificados aludidos a Alvarado Montoya, pues tanto la deuda de esa sociedad al mismo tiempo que su lote accionario habría tenido un valor muy inferior al que aparentaban, a como al mismo tiempo disimulaba la poca confiabilidad que tenía para ese momento el Banco Elca, cuyos certificados se seguían negociando en el mercado de valores, ignorando la magnitud del problema (que incluía una inminente intervención del Banco) y, de paso, sosteniendo ficticiamente un precio que ya no les correspondía en virtud de tales vicisitudes. En lo atinente, conviene tener presente lo que estableció el a quo, texto este que ya fue



referido en las páginas anteriores, pero que vale traer nuevamente a colación. “Cabe destacar que, conforme a los informes de la SUGEF, esa operación denotaba un alto riesgo porque, de acuerdo al análisis de capacidad de pago, esta sociedad quedó con un endeudamiento de un 80% y sólo podía pagar intereses y no el principal. Entiéndase, entonces, la preocupación de Carlos Alvarado por cancelar ese crédito a como diera lugar y la oportunidad surgió cuando los hermanos Herrero Zamora aceptaron el cambio de sus certificados de inversión por ese crédito, creyendo en que no habrían problemas porque se trataba de un crédito “sano”. Dice Mauricio “Le insisto y lo que me dijo era que cambiáramos las inversiones por créditos sanos en otras empresas, me ofrece un crédito de Inversiones Kiona por cuatrocientos cincuenta mil dólares y tenía como garantía el 66% las acciones de FINANCORP puesto de bolsa y Financorp, me dio balances del mes anterior, los estudié, los balances reflejaban información muy agradable”. Vemos entonces, cómo el imputado aún sabiendo que el crédito a Inversiones Kiona presentaba problemas y teniendo conocimiento de la situación anormal por la que atravesaba el banco, aún así se lo ofreció a los hermanos Herrero, haciéndoles creer que todo estaba bien, reflejándose la realidad de las cosas cuando al día siguiente de esa negociación, el banco Elca fue intervenido afectándose, asimismo el puesto de bolsa Financorp, siendo que esta familia sólo ha recibido de la sociedad deudora un abono principal de cincuenta y cinco mil dólares (\$55.000.00) más los intereses correspondientes al primer mes. Está muy claro para el tribunal, que el imputado Carlos Alvarado Moya con toda la intención de obtener un provecho para sí mismo, abusando de su cargo como dueño y presidente del banco Elca y sabiendo de antemano que “su” banco estaba en problemas, porque tenía información que la misma la SUGEF le había hecho llegar, engaña a Mauricio Herrero Zamora diciéndole que el crédito de inversiones Kiona era “sano”, y una vez que entra en poder de los respectivos certificados de inversión, los redime para cancelar así el crédito nada sano que le había otorgado a esa sociedad.” Para terminar, los temas de si la redención anticipada de los certificados pertenecientes a los hermanos Herrero Zamora representó un egreso o un ingreso para el Banco y si constituyó o no una adquisición en los términos de ese artículo 245 del Código Penal, o si medió o no un beneficio indebido para sí o para un tercero, ya fueron tratados en el considerando VII, por lo que debe estarse a lo allí resuelto, siendo algo que además la sentencia tiene por demostrado, por lo que no es permisible ponerlo nuevamente en cuestión en el examen de fondo que se solicita.

XXX.- En el primer motivo de forma, alega el recurrente que el a quo violentó las reglas de la sana crítica, al tener por inexistentes las transacciones back to back , resultando que “...desde un punto de vista contable y desde un punto de vista material...” estas fueron reales, concretas y generaron recursos al Banco. Dice que ese tipo de operaciones fueron autorizadas por la SUGEF, la cual constató que había habido ingresos por un millón de dólares como fruto de ellas y que si fueron reversadas fue por simples dudas de sus funcionarios. Para apoyar su tesis, se aporta como prueba un “Informe de los Auditores Independientes. Estados Financieros Auditados. Al 31 de diciembre de 2007” , de la firma CGS-CPA y Consultores S.A., que confirma la existencia de ese dinero. Posteriormente, se transcribe algunos extractos del fallo, para contradecir la conclusión del Tribunal acerca de que esas operaciones no generaron ganancias, haciendo depender estas del cumplimiento de las formalidades para la concesión de los créditos. Tampoco es relevante, dice, que el dinero original proviniera de la Corporación Elca, porque era una empresa con capital propio y distinto de aquel del Banco. Pero, lo cierto es que tales operaciones sí se efectuaron y los interventores acreditaron esos fondos a la citada corporación. No lleva razón el imputado . El tema de si esas operaciones back to back tuvieron existencia efectiva, ya fue zanjado parcialmente en el decimosegundo considerando de esta resolución, por lo cual se remite a las partes a lo allí consignado. En lo que toca a lo no discutido en ese apartado y que el recurrente formula en sus alegaciones, amerita decir lo siguiente. En primer término, el que los fondos tuvieran o no un determinado origen, como dice él, es irrelevante. Lo importante es que fue una incorporación meramente contable de algunos que provenían de Corporación Elca, que no sólo no constituía en



nada “ dinero fresco ” que fortalecía la endeble cartera de crédito del Banco Elca, sino que sólo entraron nominalmente. Sin embargo, llama la atención a esta Sala que se pretenda engañar, al igual que se hizo con la SUGEF, a los Tribunales de Justicia , diciendo que esos fondos iniciales de la cadena back to back , los cuales ascendieron a 1.240.000 dólares provenían de la Corporación Elca, cuando lo cierto es que de esa corporación sólo se tomó una suma ligeramente superior a 850 dólares (folio 17405). De ahí que, el que esos fondos de la Corporación Elca fueran reales, carece de importancia, si es que eran una parte imperceptible del total de los que supuestamente se iban a invertir en los back to back . El resto provenía de la redención anticipada y fraudulenta que, de los mismos certificados del Banco, el recurrente había ordenado, como fueron los cancelados con dos cheques de 118.503,18 dólares y 206.930.896,97 dólares, correspondiente a certificados que pertenecían a los señores John y Winfried Marrone, y una línea de crédito aprobada por el propio Alvarado Moya a favor de Kiona de San Francisco por el monto de 450.000 dólares (folios 17403-17404), los cuales trasladó a la Corporación Elca y de allí al Banco; pero, de ninguna manera eso implicaba que provinieran de este, sino que sólo contablemente habían pasado por sus arcas. “Es decir, puede establecerse cómo el dinero base necesario para operar el mecanismo de los créditos back to back nunca provino de fuentes externas y, por consiguiente, no constituyó dinero fresco, como se afirmó por parte de la defensa de Alvarado Moya. Con ese dinero, y no con otro, se procede a ejecutar las veinte operaciones de crédito back to back, aumentando así ficticiamente la cartera de crédito y los índices de ingreso por comisiones que el Banco Elca S.A. debía reportar a la SUGEF. Como lo refirieron el testigo Alonso Medina Medina: "eran una serie de operaciones con veinte empresas que generaron una serie de operaciones que generaron un millón de dólares por comisiones y se registraron como un ingreso por comisiones, posteriormente ese millón de dólares termina en la cuenta de corporación Elca (...) los "back to back" inician porque Banco Elca recibe cheques de unas cuentas corrientes girados de Banca Promérica, allí se generan como cuatrocientos cincuenta mil dólares, se da la instrucción que se deposite en diferentes cuentas de Banco Elca, posteriormente de ingresados esos dineros se genera un crédito, con los quinientos mil dólares de Banca Promérica y cuatrocientos cincuenta mil dólares de cuentas de Banco Elca, y se genera un crédito a Inversiones Kiona, después se deposita en Financorp Puesto de Bolsa, y se reúne un millón que genera los créditos sobre los que se crean los "back to back", y van generando el millón de comisiones"; informa Edecia María Hernández Briceño que: "nos explicaron en la pizarra un esquema de operaciones, eran 20 cuentas, transferencia venía del exterior, se abría una cuenta, se emitía un certificado y de ahí un back to back y así con todas las cuentas" y Mario Enrique Vargas Aguilar: "se nos dijo que la junta directiva había aprobado la apertura de 20 créditos de un millón, estaba don Carlos y nos dijeron que la Sugef lo había aprobado, que el señor Gill y don Carlos lo habían conversado, en una pizarra se nos hizo la descripción, con el desembolso de un crédito se hacía la garantía del otro crédito y así sucesivamente" y conforme se indicó pericialmente, el planteamiento que se estableció fue ingresar fondos -el millón doscientos cuarenta mil dólares (\$1.240.000,00) que se tenía en la cuenta de Corporación Elca Internacional, S.A.- en la cuenta de ahorros de una de esas sociedades anónimas, -iniciando con Inversora Agropecuaria 370 C.A.- (véase folio 28 del Legajo de Prueba N° 87-A) la que, al recibir los recursos, solicitaba que con tales fondos se constituyera un “Certificado de Inversión a Plazo” a su nombre en el propio Banco Elca S.A. y, de inmediato, solicitaba se le concediera un Crédito, el cual garantizaba con el Certificado de Inversión a Plazo recién constituido a su favor. El crédito era aprobado por el Banco y el desembolso respectivo se ingresaba -por orden de la sociedad beneficiada- en la cuenta de ahorros de la siguiente sociedad anónima, y así sucesivamente hasta completar las veinte sociedades, las cinco costarricenses: Inversiones Silver Reef SA, Vuelo Helicoidal SA, Industrias Artoeyar Ltda., The Blue Water Fall S.A., y Besiberri S.A., y las quince compañías anónimas venezolanas: Comercializadora Sommersby C.A., Inversiones Alter 2005 C.A., Inversiones Ridixi C.A., Construcciones Dijon C.A., Agropecuaria Las Consonantes C.A., Inversiones Otawal C.A., Inversiones Sairanac C.A., Inversiones Valle La Pascua C.A., Deportes 4000 C.A., Inversiones Tendensipre C.A., Inversiones

Bastron C.A., Inversora Agropecuaria 370 C.A., Herrerías Las Tres Esquinas 888 C.A., Fondo Río Chico CA, e Inversiones Rustol C.A.; siendo que la última sociedad en la cadena -Inversiones Bastron C.A.- ordenó que el desembolso del crédito que se le otorgó fuera depositado en la cuenta perteneciente a la Corporación Elca Internacional S.A. N° 122011623, sea la misma cuenta de donde originalmente salieron los fondos -el millón doscientos cuarenta mil dólares (\$1.240.000,00) inicial-. Es decir, el dinero regresó a la cuenta de la cual provino, así, un millón ciento treinta y cinco mil dólares (\$1.135.000,00) de ese último desembolso más ciento cinco mil dólares (\$105.000,00) del remanente de algunas de las operaciones crediticias, como de seguido se expondrá. Resultó que de la cadena de traslado de fondos, constitución de certificados de inversión y formalización de créditos back to back, quedó en algunas de las cuentas de las sociedades involucradas, con excepción de Inversiones Silver Reef S.A., Industria Artoeyar Ltda, The Blue Waterfall S.A., Construcciones Dijón C.A, Besiberri S.A., Inversiones Valle La Pascua C.A. y Deportes 4000 C.A., un remanente de dinero constituido por la diferencia entre el monto ingresado a cada cuenta de ahorro y el monto del crédito egresado, remanentes todos éstos que fueron trasladados ese mismo día, treinta y uno de mayo de 2004, a favor de la cuenta de Corporación Elca Internacional S.A. N° 1220011623, en atención a un oficio de cada una de esas sociedades que autorizaba debitar ese remanente de su cuenta (cfr. folios 35 a 47 del Legajo de Prueba N° 87-A), por lo que, entonces, como se señaló supra, el millón doscientos cuarenta mil dólares (\$1.240.000,00) que se utilizó para efectuar las distintas operaciones back to back regresó en su totalidad a la cuenta de donde salió, sea la cuenta de Corporación Elca Internacional S.A.. Esos remanentes sumaron ciento cinco mil dólares (\$105.000,00) que se distribuyeron así: Inversora Agropecuaria 370 C.A. cuatro mil dólares (\$4.000,00); Fondo Río Chico C.A. mil dólares (\$1.000,00); Herrería Las Tres Esquinas 888 C.A. cinco mil dólares (\$5.000,00); Comercializadora Sommersby C.A. veinte mil dólares (\$20.000,00); Vuelo Helicoidal S.A. diez mil dólares (\$10.000,00); Inversiones Rustol C.A. dos mil dólares (\$2.000,00); Inversiones Alter 2005 C.A. tres mil dólares (\$3.000,00); Inversiones Ridixi C.A. cinco mil dólares (\$5.000,00); Agropecuaria Las Consonantes C.A. siete mil dólares (\$7.000,00); Inversiones Otawal C.A. cinco mil dólares (\$5.000,00); Inversiones Sairanac C.A. veintiocho mil dólares (\$28.000,00); Inversiones Tedensipre C.A. cinco mil dólares (\$5.000,00) e Inversiones Bastron C.A. diez mil dólares (\$10.000,00); para un total de ciento cinco mil dólares (\$105.000,00) que, como se dijo, regresaron a la cuenta de Corporación Elca Internacional S.A. N° 1220011623, para sumarse al depósito del último desembolso de un millón ciento treinta y cinco mil dólares (\$1.135.000,00), totalizando así, nuevamente, el millón doscientos cuarenta mil dólares (\$1.240.000,00) inicial. A la luz de los informes números 421-DEF-300-04 de folios 844 a 853 del tomo III y sus ampliaciones, 50-DEF-506-04/05 de folios 3746 a 3750 del tomo IX y el 283-DEF-274-05 en folios 5237 a 5239 del tomo XII, y las aclaraciones que sobre los mismos brindó el perito del O.I.J. José Antonio Bravo Bonilla se puede concretizar que el mecanismo utilizado, siguiendo el orden de esos veinte créditos back to back fue: (1) desde la cuenta de Corporación Elca Internacional, S.A. N° 122011623, Alvarado Moya trasladó el millón doscientos cuarenta mil dólares (\$1.240.000,00) reunidos, a la cuenta de ahorros de la sociedad denominada Inversora Agropecuaria 370 C.A. en Banco Elca S.A. N° 112003321, la cual a su vez solicitó que con esos montos se emitiera un Certificado de Inversión en Banco Elca S.A. N° 200028446 por un monto de un millón doscientos treinta y seis mil dólares (\$1.236.000,00) a un mes plazo (prorrogable por plazos iguales) para proceder a solicitar que se formalizara una operación de crédito a su favor, N° 300012955 por igual suma a la del Certificado y garantizándola con éste; (2) Los recursos de dicho crédito se depositaron en la cuenta de ahorros de Fondo Río Chico C.A., N° 112003226, se constituyó con estos fondos y a favor de esta sociedad el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028434 por un millón doscientos treinta y cinco mil dólares y en el mismo Banco Elca S.A. se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012947 por igual monto y con dicho certificado como garantía; (3) Esos recursos se depositaron en la cuenta de ahorros de Inversiones Silver Reef S.A., N° 112003290 y se constituyó con ellos, a favor de esta sociedad, el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028443 por un millón doscientos treinta y

cinco mil dólares (\$1.235.000,00) y de seguido en Banco Elca S.A. se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012952 por igual monto, y con dicho certificado como garantía; (4) Esos recursos se depositan en la cuenta de Herrería Las Tres Esquinas 888 C.A. N° 112003249, con ellos se constituyó el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028437 por un millón doscientos treinta mil dólares (\$1.236.000,00) y Banco Elca S.A. formalizó a favor de ésta sociedad la operación de crédito N° 300012950 por igual monto, y con dicho certificado como garantía; (5) Los recursos de dicho crédito se depositaron en la cuenta de Comercializadora Sommersby C.A., N° 112003261, con ellos se constituyó el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028441 por un millón doscientos diez mil dólares (\$1.210.000,00) y se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012959 por igual monto, y con dicho certificado como garantía; (6) Esos recursos se depositaron en la cuenta de Vuelo Helicoidal S.A., N° 112003350, se emitió el certificado de inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028450 por un millón doscientos mil dólares (\$1.200,000,00) y se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012960 por igual monto, y con dicho certificado como garantía; (7) Ese dinero se depositó en la cuenta de ahorros de Industrias Artoeyar Ltda, N° 112003344, se emitió el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028449 por un millón doscientos mil dólares (\$1.200,000,00) y se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012963 por igual monto, y con dicho certificado como garantía; (8) Con esos recursos se hace un depósito en la cuenta de The Blue Waterfall S.A., N° 112003381, se constituyó con ellos y a favor de esta sociedad el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028456 por un millón doscientos mil dólares (\$1.200,000,00) y el Banco Elca S.A. formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012965 por igual monto, y con dicho certificado como garantía; (9) Con esos recursos se hace el siguiente depósito en la cuenta de Inversiones Rustol C.A., N° 112003309, se constituyó a favor de esta sociedad el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028451 por un millón ciento noventa y ocho mil dólares (\$1.198,000,00) y se formalizó la operación de crédito N° 300012961 por igual monto y con dicho certificado como garantía; (10) Esos recursos se depositaron en la cuenta de Inversiones Alter 2005 C.A., N° 112003189, se constituyó a favor suyo el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028442 por un millón ciento noventa y cinco mil dólares (\$1.195,000,00) y se formalizó la operación de crédito N° 300012951 por igual monto y con dicho certificado como garantía; (11) Ese dinero se depositó en la cuenta de Inversiones Ridixi C.A., N° 112003255, se constituyó el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028436 por un millón ciento noventa mil dólares (\$1.190,000,00) y se formalizó la operación de crédito N° 300012948 por igual monto y con dicho certificado como garantía; (12) La suma obtenida fue depositada en la cuenta de Construcciones Dijón C.A., N° 112003315, con ella se constituyó el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028448 por un millón ciento noventa mil dólares y con él como garantía se formalizó la operación de crédito N° 300012958 por igual monto; (13) El dinero se deposita en la cuenta de Besiberri S.A., N° 112003410, se constituyó a su favor el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028455 por un millón ciento noventa mil dólares (\$1.190,000,00) y el mismo Banco Elca S.A. formaliza a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012964 por igual monto y con dicho certificado como garantía; (14) Esos recursos se depositaron en la cuenta de Agropecuaria Las Consonantes C.A., N° 112003373, con ellos se constituyó a favor de esta sociedad el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028447 por un millón ciento ochenta y tres mil dólares (\$1.183,000,00) y con él como garantía se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012956 por igual monto; (15) El dinero de ese crédito se depositó en la cuenta de Inversiones Otawal C.A., N° 112003284, se constituyó con él el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028452 por un monto de un millón ciento setenta y ocho mil dólares (\$1.178,000,00) y de seguido en el mismo Banco se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012962 por igual monto y con dicho certificado como garantía; (16) Los recursos de ese crédito se depositaron en la cuenta de Inversiones Sairanac C.A., N° 112003232, con ellos se constituyó a favor de esta sociedad el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028435 por un millón ciento

cincuenta mil dólares (\$1.150,000,00) y con él como garantía se formalizó a favor de ésta sociedad y en el citado banco una operación de crédito N° 300012949 por igual monto; (17) Los recursos de ese crédito se depositaron en la cuenta de Inversiones Valle La Pascua C.A., N° 112003278, con estos fondos se constituyó el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028438 por un millón ciento cincuenta mil dólares (\$1.150,000,00) y se formalizó a favor de ésta sociedad la operación de crédito N° 300012954 por igual monto; (18) Los recursos de dicho crédito se depositaron en la cuenta de Deportes 4000 C.A., N° 112003404, se constituyó con estos fondos el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028439 por un millón ciento cincuenta mil dólares (\$1.150,000,00) y se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012957 por igual monto y con dicho certificado como garantía; (19) Los recursos de dicho crédito se depositaron en la cuenta de Inversiones Tendensipre C.A., N° 112003338, se constituyó a favor de esta sociedad el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028444 por un millón ciento cuarenta y cinco mil dólares (\$1.145,000,00) y se formalizó a favor de ésta sociedad una operación de crédito N° 300012953 por igual monto, y con dicho certificado como garantía; (20) Ese dinero se depositó en la cuenta de Inversiones Bastron C.A., N° 112003427, con él se constituyó el Certificado de Inversión en el Banco Elca S.A. N° 200028453 por un millón ciento treinta y cinco mil dólares (\$1.135,000,00) y con él como garantía se formalizó la operación de crédito N° 300012966 por igual monto. Consecuentemente, con todos estos movimientos financieros ficticios el imputado Alvarado Moya consiguió aumentar de forma contable, aunque no financiera, la Cartera de Crédito del Banco Elca S.A., por él dirigido, en un total de veintitrés millones ochocientos mil dólares (\$23.800.000,00), así como registrar comisiones, que también son ficticias pues, como se verá, se trata del mismo dinero original, por desembolsos de créditos a favor del Banco por un millón de dólares exactos (\$1.000.000,00), todo lo cual se dio en un mismo día, el treinta y uno de mayo de dos mil cuatro, y con la única finalidad, entonces, de que quedará registrado en los Estados Financieros del banco a esa data. De lo expuesto hasta ahora, queda debidamente acreditado que no sólo ningún recurso externo ingresó al Banco Elca S.A. sino que tampoco éste obtuvo algún beneficio real por esos movimientos, a no ser, entonces, únicamente el contable, y cuyo único fin era aparentar una situación financiera saludable, tal y como lo puntualizó el superintendente Rodríguez Ulloa: " La naturaleza de esas operaciones era algo ficticio, también el propósito porque el banco estaba mostrando normalidad cuando estaba en irregularidad dos. Se ocultaba la verdadera situación financiera. Se mejoraba situación patrimonial de la entidad. Se revisaron expedientes y se determina que no cumplían con requisitos. Desde marzo era evidente que el banco estaba en riesgo, con solo revisar el 15%, no era la primera vez que estaba en esa situación en irregularidad uno y dos. Si hubiera seguido funcionando el público hubiera perdido sus negocios". Aunque el imputado Alvarado Moya declaró en debate no hizo mención al tópico tratado en este apartado del fallo, aunado a que se abstuvo de contestar preguntas de las partes procesales. Lo anterior no obstante que, por escrito (cfr. folios 4059 a 4065 del tomo X del principal) consta una amplia declaración suya sobre los relacionados créditos back to back misma que, aunque no desmerece mayormente la elaboración que presenta el Tribunal, sí persigue evadir su responsabilidad. Contrariamente, a lo allí expuesto por el imputado Alvarado Moya, (cfr. artículo 343 párrafo 3° del Código Procesal Penal) afirma ahora su defensor particular que los citados créditos back to back produjeron ingresos frescos al banco, entre otros porque produjeron comisiones por el orden del millón de dólares (\$1.000.000,00) que ingresaron en las arcas del mismo. Sin embargo, esto no es más, que un argumento de defensa y no merece credibilidad, pues nuevamente se comprueba que se trata, no de un dinero fresco distinto, sino del mismo dinero que sirvió como base para generar los créditos back to back y que regreso a la cuenta corriente de Corporación Elca Internacional, S.A. de la cual provenía inicialmente, tal y como ya fue establecido." (folios 17405-17413). Por otro lado, si la SUGEF autorizó, por cierto de manera condicionada (lo cual fue irrespetado), esas operaciones, fue bajo la creencia de que la información que brindaba el acusado y su banco, era fiable, lo que a la postre se reveló como equivocado, pues este pretendía ocultar que esas operaciones eran una simple maniobra contable para aparentar

que la situación de la entidad financiera no era tan crítica. De modo que, independientemente de las posibles anomalías en la concesión de los créditos en cuestión, lo relevante es que toda la sucesión de operaciones no era otra cosa que un montaje. Ante toda esta situación, no se ve cuál es la importancia de la conclusión del informe financiero que aporta el justiciable, el cual a folio 26 da cuenta de una “ obligación legalizada rechazada ” (sic) por 1.006.047 dólares producido por la reversión de las comisiones de la citada operación back to back , pues ello no certifica ni mucho menos que ese dinero se haya generado como ganancia, sino que lo que existe es una obligación contable , cuyo destino final depende de la resolución judicial correspondiente.

XXXI.- Como segundo motivo de forma, reprocha el endilgado que no se comprobó la existencia de dolo en la estafa de que se le acusó. Comenta que las alusiones que a ese punto se hacen en el fallo, son escuetas y carentes de fundamentación probatoria, la cual no es mencionada por los Jueces. Antes bien, asegura, mucho de los elementos tomados en cuenta por el a quo confirman la inexistencia de ese dolo, para lo cual busca apoyo en algunas partes del fallo que transcribe. Dice que el señor Garber hizo inversiones en al menos tres ocasiones diversas con su banco, de las cuales dos fueron positivas y que en la tercera él trató de honrar sus compromisos, respondiendo con sus propios recursos, sobre lo que se extiende relatando los esfuerzos en ese sentido y lo que dijeron los testigos. No es atendible el motivo . Todos esos aspectos, consideración de los párrafos del fallo referidos por el petente, ya fueron discutidos y resueltos en los considerandos II, IV, V y VI, en los cuales se dice cuál fue la prueba que puntualmente el a quo tuvo en cuenta para demostrar los diversos componentes de la estafa, incluyendo el dolo defraudatorio, por lo que se remite a los interesados a lo allí consignado.

XXXII.- Como siguiente motivo, reclama el imputado la incorporación ilegal de la prueba procedente de Bahamas, de la cual no se comprobó que se hubiera levantado el secreto bancario ni que se respetara la cadena de custodia. Siendo prueba que no beneficia al sospechoso, la falta de protesta o el uso de esas probanzas por la defensa, no sanean los defectos que contienen y deben ser excluidas. El tema ya fue resuelto en el vigésimo considerando al evacuar el recurso de su codefensor. Estése a lo allí dispuesto.

XXXIII.- En el reclamo cuarto, se argumenta que se violentó el debido proceso, al no efectuarse el debate en las dos fases que se había acordado en la etapa intermedia. “...este proceder ha ocasionado un serio agravio a los derechos del imputado, pues se le vedó la posibilidad de exponer ante los miembros del Tribunal, los elementos de convicción tendientes a suministrar mayor información para efectos de la fijación de la pena a imponer.” No es de recibo el reproche . Ya el tema fue resuelto en el considerando XIV de esta resolución, por lo que debe estarse a lo allí decidido. Amén de que el recurrente no indica cuál es el elemento de convicción, no pudo exponer en las conclusiones que sí hubiera podido plantear en la segunda etapa del debate que echa de menos, o qué pudo haber dicho en esa etapa que no pudiera en el juicio tal y como se celebró. Por ende, ninguna razón adicional el quejoso a aquellas que fueron analizadas en el considerando ya referido.

XXXIV.- Continuando con la tónica de reiterar motivos que ya interpusieron sus defensores, el justiciable alega que falta fundamentación en la pena que se le impuso. Dice que el artículo 142 del Código Procesal Penal impone el deber de fundamentar las resoluciones, y que el 71 del Código Penal establece los parámetros que han de ser tomados en cuenta para la fijación de la pena, todo lo cual fue soslayado por el a quo, el cual no valoró las cualidades personales del endilgado, como

sus estudios o edad. Concluye diciendo que la finalidad de la sanción debe ser la resocialización, por lo que veintitrés años de prisión son desproporcionados. Todos esos aspectos fueron ya debatidos en el considerando XV, remitiéndose en consecuencia a los interesados a lo allí establecido.

XXXV.- Finalmente, en un libelo adicional, Alvarado Moya presentó un sexto motivo de forma, en el que denuncia errónea valoración de la prueba, al darse crédito a testigos que "...claramente poseían un interés muy particular, específicamente el interés de no ser implicados como imputados en los mismos hechos..." Alude a los testimonios de Hernán González Peña y Javier Filloy Esna. A continuación, transcribe doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español acerca de lo que es la correcta valoración de la prueba, así como extractos del fallo en los que se destaca la participación como actores y luego como testigos de ambos sujetos. Termina diciendo que no se contó con pruebas independientes que corroboraran la información que ellos brindaron y nuevamente acude a la doctrina sobre los "criterios intrínsecos negativos". El motivo se declara sin lugar. El que la doctrina y la jurisprudencia aseveren que debe tenerse especial cuidado en la valoración de personas que están vinculadas por relaciones de amistad o enemistad, o bien por intereses concordantes o contrastantes con el acusado, no significa que esas declaraciones deban descalificarse, sino (y en eso concuerda el quejoso) que debe tenerse mayor atención. Sin embargo, a su vez, eso no acredita que en este caso esos testigos faltaran a la verdad, cosa que ni siquiera el imputado en su recurso intenta demostrar, sino que simplemente proyecta una sombra de sospecha con la cual pretende devaluar dichas probanzas, sin que concrete en qué semblante no son ciertas o cuál prueba las desacredita. Por el contrario, como se explicó páginas atrás, dichos testimonios, aunque provenientes de personas que tuvieron una participación accesorio en algunos de los hechos (por los cuales llegaron a una conciliación), se mostraron consistentes e internamente lógicas, al igual que consistentes con el contexto y las demás probanzas evacuadas. Además, debe indicarse categóricamente que sí hubo pruebas independientes que confirmaron el dicho de esos testigos, como fue desarrollado en los considerandos II, III y XXI, al evacuar el tema de la confiabilidad de los testigos Filloy Esna y González Peña. Sin lugar el recurso presentado por el justiciable Alvarado Moya.

XXXVI.- Los representantes de la demandada civil, quiebra del Banco Elca sociedad anónima, presentaron recurso, reclamando en el primer motivo, que encabezan como "violación a las reglas de la sana crítica", que el a quo infringió la ley de fondo, pues en el presente asunto no se produjo un perjuicio patrimonial contra la sociedad anónima del señor Maynard Garber. Dejando de lado la imprecisión técnica de alegar en conjunto problemas de razonamiento y mala aplicación de la ley sustantiva a la especie fáctica que se cuestiona (lo que es un alegato por violación indirecta de la ley), debe decirse que no llevan razón los impugnantes. Después de transcribir in extenso la parte conducente del fallo, dichos gestionantes dicen que los certificados de inversión emanados a cambio de los tres millones de dólares entregados por el representante de Garber a Alvarado Moya, eran verídicos; y, que por otro lado, estos fondos debían ser depositados fuera de Costa Rica. Si el banco en Belice no podía captar dinero para entonces, eso no significa que no quedara obligado por tales certificados, por lo que debieron ser cobrados allá. Por el contrario, no se demostró que la perjudicada realizara gestiones para cobrar los dineros en el sitio donde los envió de forma voluntaria o que no llegaran a ese destino, sobre lo cual hace énfasis en las páginas siguientes. No es atendible el reparo. Tanto en este motivo como en los subsiguientes, la constante será que los recurrentes pretenden suprimir el dato fundamental sobre la categoría de los hechos que nos ocupan: que no se trata de una mera negociación financiera, sino de la comisión de un delito. De suerte que aunque los fondos estuvieran destinados a otro sitio o se mencionara una agencia bancaria de otro país, ello no inhibe en nada a los tribunales nacionales para conocer

del asunto y pronunciarse conforme a la ley, en vista de que los hechos tuvieron lugar en Costa Rica, donde tanto se dio el engaño como el perjuicio patrimonial al que condujo. Este aspecto, que es criticado por los petentes, quienes niegan que se diera ese engaño y perjuicio, está sobradamente demostrado, al existir pruebas fehacientes ya recapituladas arriba en cuanto a que Alvarado Moya recibió tres millones de dólares del señor Garber, al cual le había ofrecido los servicios offshore del banco Elca en Belice. Estos, no fueron entregados “ voluntariamente ”, sino con una voluntad viciada por el error en que el acusado lo hizo caer, al decirle que tales servicios existían cuando en realidad apenas se estaba tramitando el permiso respectivo, pero ello fue útil para que, confiando en esa versión, Garber entregara el dinero y Alvarado Moya lo desviara para una cuenta suya, sin destinarlo a Belice, donde no era posible en todo caso, dado que la actividad de la citada agencia era una falacia. Huelga decir, que Garber no pudo recuperar sus fondos. Por ende, enfocar los hechos como si se tratara de una simple transacción financiera y exigir que se buscara las soluciones acordes a tal condición (gestiones de cobro, constatación de los depósitos y otras diligencias), ignora que no se trata de una situación simplemente mercantil, sino que se trató de un delito, el cual se efectuó mediante la simulación de datos o circunstancias falsas (una agencia inoperante, unas instalaciones que simulaban que estaban activas, certificados ficticios, un depósito en una cuenta que no era tal, etc.), que los recurrentes dan por verídicas para pedir una solución diferente a la condenatoria civil de su representada, cosa ilógica y justamente se está demostrando que eran una falacia. Para terminar, no puede dejar de citarse lo establecido por el a quo al respecto, lo cual resulta aun más esclarecedor. “Se ha alegado (folios 16637 a 16639 del tomo XXVII principal) que los/as jueces/izas costarricenses no son competentes -aunque en realidad se trata de una falta de jurisdicción de los tribunales nacionales- para pronunciarse sobre la demanda civil ya que los certificados a favor de Night Glow S.A. (en atención al principio de literalidad propio de los títulos valores), deben considerarse emitidos en Belice que es el lugar determinado en el contrato, por lo que es en dicho país donde debe cumplirse el contrato y dilucidarse cualquier controversia, según lo establecen los artículos 1907, 323 y 324 del Código de Derecho Internacional Privado comúnmente conocido como Código Bustamante, como se le seguirá denominando. Esta argumentación debe ser rechazada. En primer lugar hay que decir que Belice no aparece a esta fecha como país signatario, adherente o ratificante del Código Bustamante (ver información oficial en la página de la OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-31.html>) por lo que no se observa cómo podría aplicársele una normativa que no es parte de su ordenamiento. En segundo lugar y más importante, quien formula este reproche intenta que se pase desapercibido el elemento esencial de esta discusión y es que los mencionados títulos valores carecen de valor como tales (es decir, como títulos valores) pues fueron parte del medio usado por el encartado Carlos Alvarado Moya para inducir en error a la entidad ofendida. Y se dice que no son títulos valores propiamente dichos porque al momento de su emisión el Elca International Bank and Trust Limited de Belice no estaba autorizado para captar fondos del público y, por ende, para obligarse en un contrato de la naturaleza del discutido, tal y como consta en los documentos de folios 35 a 40 del legajo de querrela de Cori Consulting and Financial Services S.A.. Por otra parte, la obligación que se está cobrando con la demanda civil no es propiamente derivada de los referidos certificados -lo que supondría su validez- sino una derivada de un delito (estafa) y ese delito fue cometido en Costa Rica pues el dinero fue entregado en las instalaciones del Banco Elca en San José a Carlos Alvarado quien si bien no estaba presente en ese momento dio instrucciones a Hernán González para su recepción y disposición en su beneficio. Fue en ese lugar en que Alvarado se lo apropió al ordenar que se trasladara hasta una cuenta suya fuera del país respecto de la que dispuso posteriormente con un fin diverso al contratado. Si el delito se dio en Costa Rica y los documentos fueron solo un medio para hacer incurrir en error al ofendido, es en Costa Rica en el lugar en que se tiene que plantear el reclamo siendo éste el tribunal, luego de cumplidas las otras etapas del proceso, el competente para pronunciarse sobre el fondo, al ser el tribunal penal de hacienda con competencia para conocer los delitos indicados en el numeral 1 de la Ley N° 8275 de creación de la



Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública, entre los que se encuentran los previstos en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y, por conexión cualquier otro hecho relacionado ya sea por cometerlo el mismo encartado -como aquí sucede- o por otras circunstancias previstas en la norma (artículos 50 y 51 del Código Procesal Penal). Como si lo que se lleva dicho hasta aquí no fuera suficiente para el rechazo del reclamo hay que agregar que el cheque con el que Ricardo Rojas paga los tres millones de dólares lo entrega a Hernán González en el Banco Elca de Costa Rica el 31 de mayo de 2002 a las 10:50 a.m. y esa es la misma fecha que tienen los certificados (Ver folios 2588, 2590, 2592 y 2594 del tomo VII principal) que fueron retirados también en San José, Costa Rica lo cual, sumado al hecho de que para entonces no se tenía licencia para captar y que el banco local manejaba documentación con el membrete del banco de Belice, permite inferir que esa emisión nunca se produjo en Belice, aunque así se consigne, sino que se hizo en Costa Rica.” Por todo lo anterior, debe declararse con lugar el motivo.

XXXVII.- Como segundo y tercer motivos, subrayan los recurrentes que no es cierto que la negociación con la sociedad anónima Night Glow fuera por parte del Banco Elca y actuando Alvarado Moya como intermediario “...pues los elementos probatorios evacuados durante el contradictorio lo único que nos reflejan es que la aludida transacción financiera lo fue en lo personal con el (sic) Carlos Alvarado Moya y Javier Filloy Esna...” Acudiendo a recopilar algunos trazos de la prueba testimonial, los petentes reiteran que la agencia de Belice existía y que fue voluntariamente que se entregó ese dinero con el fin de que se depositara allí, y no en el Banco Elca de Costa Rica, al que de todas maneras no llegó, pues fue depositado por Alvarado Moya en una cuenta suya. Además, que siendo Garber un empresario exitoso y su representante un abogado experimentado en la materia, confundiera ambas entidades financieras. Es por eso que, de acuerdo con esos testimonios y pruebas documentales insuficientemente sopesadas por el a quo, se pudo demostrar que esa deuda no competía al Banco Elca, al punto que fue rechazada como parte de las obligaciones contractuales de este. No llevan razón los impugnantes, que continúan confundiendo la tipología de los acontecimientos. El Banco Elca responde de las consecuencias civiles de la estafa cometida en daño de Night Glow sociedad anónima, no porque tuviera alguna obligación contractual con esta, cosa que está sobradamente descartada y acerca de la que, innecesariamente los recurrentes insisten, pues no está siendo objeto de discusión, los recurrentes insisten. La responsabilidad surge de un hecho penal, de un delito y las secuelas extracontractuales que acarreó. Es, por ende, irrelevante si las reuniones que se celebraron en las instalaciones del Banco Elca en San José, lo comprometían o no contractualmente; o si esos dineros estaban destinados a ser depositados en este o no; o si Gaber y sus representantes eran personas susceptibles de confundirse. El meollo del asunto no radica en cuáles fueron los compromisos adquiridos por el Banco Elca y aceptados por la contraparte, que es lo que prolijamente tratan de debatir los representantes de la demandada civil, sino la responsabilidad extracontractual que le cabe en virtud de los ilícitos penales cometidos por su representante, quien valiéndose de los medios y credibilidad que su calidad de presidente del Banco Elca y la aparente solidez de este, del cual incluso ofrecía servicios offshore, pudo engañar a Garber y hacerlo que le entregara tres millones de dólares. En torno a ese tema, no le hace justicia al fallo recortar, en aras de la concisión una argumentación, considerablemente documentada y lógica como la que hace el a quo del folio 17290 en adelante. “Lo que queda por determinar, entonces, es si ¿existen bases para condenar civilmente a la quiebra del Banco Elca S.A.? Es decir, hay que analizar si la Quiebra del Banco Elca S.A. está legitimada pasivamente para ser demandada o si, por el contrario y como lo han alegado las defensas de los demandados civiles, se ha dado un litis consorcio pasivo necesario incompleto ya sea porque no se trajo como demandada a Elca International Bank and Trust Limited ó a Corporación Elca Internacional S.A. que era la reguladora del grupo. Cabe hacer un paréntesis para indicar que la defensa civil de Carlos Alvarado en cuanto persona física carece



de interés para referirse a este tema pues sólo afecta a la Quiebra del Banco Elca que no es representada por Carlos Alvarado y existe división patrimonial y jurídica entre las personas físicas y jurídicas. Es decir, con independencia de lo que se resuelva sobre este tópico, Carlos Alvarado como persona física siempre responde de las consecuencias civiles de su delito. Pese a lo dicho, el tema se abordará en conjunto. El criterio unánime del tribunal es que si la Quiebra del Banco Elca si está legitimada para ser demanda pasivamente y que no hay ninguna litis consorcio pasiva necesaria pendiente de completar que impida hacer pronunciamiento. Esto último porque si bien la Corporación Elca era la reguladora del grupo económico, su responsabilidad es subsidiaria (artículo 142 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central) y, en todo caso, Carlos Alvarado decía abiertamente -incluyendo a la entidad ofendida- que la offshore de Belice (que él indicaba ya estaba en funcionamiento u omitía decir que carecía de licencia para captar) era una sucursal del Banco Elca S.A. y no de la Corporación, aunque indirectamente sí pertenecía a ella. Si era una sucursal del banco el Banco Elca S.A. (hoy su quiebra) responde por ella al mencionarla el Presidente de dicho banco como un servicio más del banco, aspecto en el que -precisamente- consistió el ardid. En este sentido se remite a lo que ya se dijera en el aparte VI.1.(ii) (iii) de esta sentencia. Por otra parte Elca International Bank and Trust Limited fue el ardid desplegado por el encartado Alvarado. Si él hubiera ofrecido documentos de una entidad inexistente esa entidad inexistente no podría ser demandada. En este caso él ofreció invertir en una entidad existente pero sin permiso para captar en ese momento y emitió certificados a su nombre pero sin registrar los dineros en ella, de modo que es él y el banco del que el offshore iba a ser un servicio quienes deben responder. Por último, de haber alguna responsabilidad del Elca International Bank and Trust Limited (cuya denominación varió a Interbank and Trust Limited) sería solidaria y en ese caso el acreedor puede elegir contra quienes dirigir su demanda (artículo 640 del Código Civil: "El acreedor puede reclamar la deuda contra todos los deudores solidarios simultáneamente o contra uno solo de ellos"), sin perjuicio de que el codeudor cite a los otros codeudores, facultad que no fue ejercida en este caso por los demandados civiles. La legitimación pasiva de la Quiebra del Banco Elca proviene de dos fuentes. Primero porque la misma ley establece una responsabilidad objetiva -que no amerita valoración alguna- y se basa en una especie de protección a terceros que vieron al administrador actuando en representación de la empresa y, aunque parezca contradictorio, en una forma de "sanción objetivizada hacia la empresa por la culpa in eligendo e in vigilando" con que se actuó al elegir a dicho personero. Así lo establecen el artículo 106 incisos 2 y 3 del Código Penal al señalar que están obligados solidariamente con los autores del hecho punible al pago de los daños y perjuicios "las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles" así como "las personas (...) jurídicas dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes y demás trabajadores a su servicio". En igual sentido el artículo 137 del Código Penal de 1941 (reglas sobre responsabilidad civil vigentes según ley N° 4981) estatuye que responden solidariamente con el autor las sociedades "por las estafas, defraudaciones y falsificaciones de cualquier clase que en el ejercicio de sus facultades y con motivo y en el desempeño del servicio de esas entidades, cometan sus directores, gerentes, administradores, mandatarios o dependientes". Ha quedado debidamente demostrado, como se expuso ampliamente al valorarse la prueba, que Carlos Alvarado era el Presidente, representante y administrador de hecho (con autoridad jerárquica superior a la del gerente general) del Banco Elca S.A. y que, actuando en funciones propias de su cargo, ofreció a la entidad ofendida los servicios offshore de ese banco en Belice -que llevaba el nombre de Elca International Bank and Trust Limited- con lo que hacía creer que se trataba de la misma entidad, como normalmente funcionaba en otras instituciones bancarias en el país. Carlos Alvarado ha sido encontrado como autor responsable del delito de estafa, ilícito que se consumó en las instalaciones de Banco Elca en Costa Rica cuando Ricardo Rojas se presenta a entregar el cheque por tres millones de dólares y, por no estar Alvarado en ese momento, lo recibe Hernán González quien, previa comunicación telefónica con Alvarado quien le da las instrucciones a seguir, hace una nota -en papel membretado

del Elca International Bank and Trust Limited- dando las instrucciones sobre cómo proceder con dicho dinero. Por ello la responsabilidad civil solidaria de Banco Elca (hoy de su Quiebra representada por la Junta Liquidadora, que es la sucesión de aquella persona jurídica) se impone. En ese sentido se han pronunciado ya tanto la doctrina como la jurisprudencia: “...desde el año de 1962, nuestra jurisprudencia tiene establecido que las personas jurídicas incurren en responsabilidad directa por el hecho de sus órganos tanto de dirección como de ejecución, lo que significa que la culpa del órgano es la culpa de la persona jurídica y, por lo tanto, establecida la culpa del órgano, y que éste causó el daño en ejercicio o con ocasión de sus funciones, la persona jurídica automáticamente es responsable, y nada la libera de responsabilidad (...) Por lo tanto, si el funcionario de una persona jurídica es responsable penalmente de un delito cometido en el ejercicio de sus funciones, la persona jurídica no tiene otra forma de exonerarse”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Indemnización de los perjuicios en el proceso penal. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1ª edición, 1993, pp. 137-138. “...por imperio de Ley se determina taxativamente la responsabilidad civil de las personas jurídicas, cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de hechos punibles. Dicha norma no establece ninguna excepción, de tal forma, que no es posible desaplicarla aún en el evento de que la persona jurídica civilmente responsable sea a su vez la ofendida por el hecho delictivo cometido por sus representantes; actuar de otra forma, sería contrario a Derecho y por ello debe desatenderse lo solicitado por el impugnante.” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, vo to N° 2005-1114 e las 15:45 hrs. del 29 de septiembre de 2005. Pero, por otro lado, aunque no hubiera ninguna disposición legal en ese sentido, igual se establecería dicha responsabilidad pues si se efectúa el análisis de la prueba indiciaria se determina, entonces, que no hay ninguna posibilidad de entender que la legitimación pasiva la tenga únicamente (aunque también puede ser solidariamente responsable en cuyo caso el acreedor se reserva la posibilidad de instar contra quien lo estima pertinente, sin que en este caso lo haya realizado y sin que eso implique ninguna sanción procesal en contra suya: artículos 637, 640 y 646 del Código Civil) el Elca International Bank and Trust Limited” como lo alega la defensa de Alvarado y de la Junta Liquidadora. Esto así porque Alvarado creó una situación artificial, ficticia, para hacer creer que se trataba de una operación más del Banco Elca S.A. en cuyo caso, en aplicación de la teoría del corrimiento del velo y de la apariencia de la situación jurídica, Banco Elca S.A. -que fue el verdadero creador de toda la situación a través de su presidente- es quien debe responder (ahora a través de los representantes de la Junta Liquidadora de su Quiebra decretada, conforme lo dispone la legislación nacional) ya que: “En las grandes empresas -muy particularmente las sociedades anónimas y otras por acciones- el origen y la naturaleza de la explotación, su orientación y las transformaciones radicales que pueden sufrir emanan de un grupo reducido de personas y a veces de uno solo, que tienen el pleno dominio y gobierno de la sociedad. Al producirse el derrumbe del ente, un profundo deterioro o una maniobra enderezada a defraudar a otros accionistas, difícilmente aparecerán cuentas mal rendidas. Los actos dolosos asumen otras formas, de mucho mayor calibre, que a veces han sido llevadas a cabo dentro de un marco más o menos formal y encuadradas dentro de las facultades de gobierno de sus dirigentes. Pero sobrepasan abusivamente lo que está permitido y, con violación de los deberes de una buena administración, lucran con los actos criminales y perjudican al resto de los accionistas o los obligan abusivamente (...) Los más usuales y habilidosos son el vaciamiento de empresas y el velo, bajo el que se cubre una realidad fraudulenta” MILLAN, Alberto. Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados. Buenos Aires, 1976, pp. 39-40. La prueba indiciaria se constituye en la forma común de acreditar ciertos tipos de delincuencias, particularmente cuando de “esconder” realidades a través de cascarones legales se trata. Por ello, en delitos como la estafa, el fraude de simulación y la administración fraudulenta resulta importantísima dicha prueba que, conforme al sistema de libertad probatoria que nos rige (artículo 182 del Código Procesal Penal), es plenamente admisible (RODRÍGUEZ RESCIA, Marcos y ESPINOZA OBANDO, Marianella. Fraude de simulación, IJSA; San José, 1ª edición, 1997; CASTILLO, Francisco. “La prueba indiciaria”. En: Revista Judicial N° 1, San José, 1979;



GIANTURCO, Vico. Los indicios en el proceso pena l . Traducción de Julio Romero Soto, Bogotá, 1974; ROCHA DEGREEF, Hugo. Presunciones e indicios en juicio penal, Ediar S.A., 2ª edición, Buenos Aires, 1997; JINESTA LOBO, Ernesto. La simulación en el derecho privado. Escuela Judicial, San José; 1990). Entre los indicios para determinar la realidad de lo acaecido -que predomina sobre la forma o apariencia que se le dio- que no son numerus clausus y siguiendo la exposición del último autor, figuran los siguientes aplicables a esta causa: *Causa simulandi , motivo o interés que se tiene para presentar como real algo que no lo es: Carlos Alvarado requería nuevas inversiones para sanear su Banco y para poder realizar otras operaciones en que estaba inmerso. Para mayo de 2002 el banco había pasado estados de irregularidad financiera decretados por la SUGEF, Alvarado estaba inmerso en nuevos proyectos financieros (fundador del Hospital Cima San José, entre otros), el mercado bancario nacional mantenía una competencia fuerte con bancos poderosos internacionales que llegaban al país y obligan a que se produjeran alianzas, fusiones o absorción de los bancos pequeños, el Banco Elca no tenía a la fecha ninguna sucursal offshore que si mantenían otros bancos, lo que le restaba competitividad. Por ello, Alvarado -que acostumbraba personalmente atender a clientes importantes de la institución- con tal de que las diversas operaciones que estaba dispuesto a efectuar Maynard Garber no se fueran de su institución, ofrece los servicios de una sucursal offshore en Belice que Alvarado sabía que apenas estaba en trámite y que aún no estaba autorizada para captar, pues se lo dijo Filloy y González con motivo de esa negociación específica. Alvarado Moya presenta ese como un servicio más de Banco Elca S.A. al punto que el dinero se recibe en sus instalaciones, en las que se realizan instrucciones al supuesto banco de Belice en papel membretado del banco de Belice, el cual llevaba el mismo nombre y con los mismos signos externos que el nacional, todo lo cual se discute ante mandos gerenciales altos del banco costarricense y entregando en Costa Rica, a través del personal de Banco Elca S.A. y en sus instalaciones, los certificados de inversión y los cupones de interés del banco de Belice, para luego solicitar su custodia. *Necesitas: El encartado Alvarado necesitaba que ese negocio simulado se diera pues de él derivaba beneficios y obtenía dinero para hacer frente a sus obligaciones. Nótese que logró obtener tres millones de dólares (más algún flujo inmediato o momentáneo de liquidez por usar la plataforma del banco para transferencias internacionales) que terminaron en la cuenta de Bosques de Ayarco BA S.A. que él dominaba, cuenta que Alvarado usaba para pagar sobregiros según indicara Hernán González. *Affectio: la existencia de relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios o de otra índole son importantes para el simulante. Como el ardid no lo podía desempeñar por si mismo Alvarado, él se vale del amplio prestigio y respeto que le rendían todos sus empleados y todo el personal de la institución que lo veían a él, porque él se comportaba así, como el superior jerárquico general, por encima del gerente general y no como un presidente de junta directiva "pasivo". Es importante recordar que no hubo ningún testigo que se refiriera en forma descalificante respecto a Carlos Alvarado. Hubo quien indicó que lo tenía "lleno de medallas" aunque luego se le fueron cayendo una a una (Varela). Todos los testigos destacaron el don de gentes, el trato amable y respetuoso y la confianza que les merecía pues hasta hacía oración en las mañanas antes de empezar la jornada (en tal sentido Esteban Chacón). La confianza, respeto y hasta admiración incondicional que se le tenía era la tónica. De ello se vale Alvarado para que personas que él había llevado al banco (Hernán González y Javier Filloy) callen muchos aspectos que conocían que no eran correctos a ese momento y confíen en que Alvarado no efectuará ningún acto con resultado ilícito aunque los medios no sean los normados. Por ello, en la reunión con Garber y sus allegados, Alvarado llama a gente del banco con posiciones jerárquicas importantes y ante ellos habla de la sucursal offshore como un servicio más del Banco Elca S.A. a sabiendas, todos, de que aún no estaba en funcionamiento sino sólo en trámite lo que daba visos de verosimilitud, ante su personal de confianza, a las gestiones de Alvarado máxime cuando él decía ser solvente y comprometer su patrimonio y prestigio para la satisfacción final del cliente. Alvarado pone al frente de la operación de Belice a alguien de su entera confianza como era Javier Filloy, una persona hasta entonces de un reconocido prestigio bancario, que había abierto sucursales offshore de otros bancos (del



Comercio, por ejemplo) y que ostentaba un cargo honorífico en el país en que se abriría la sucursal, por lo que no había motivo algún para dudar de la licitud de lo que Alvarado presentaba en ese momento como real. *Notitia o conocimiento de la simulación por el cómplice: ¿cómo no iba a saber Javier Filloy que el banco offshore en Belice no existía o no tenía las autorizaciones para captar dinero si él mismo estaba al tanto de los trámites? ¿cómo no se iba a percatar, al firmar el certificado de inversión, de esa situación? Evidentemente si conocía de dicha situación y él mismo lo dijo. Incluso Bolívar refirió que Filloy una vez lo puso a firmar otros certificados de ese banco y le dijo que el de Belice era un clon del de Costa Rica y los que estaban autorizados para firmar a nivel local también lo estaban en el extranjero, lo que Filloy mismo sabía que no era así. Cuando Filloy y Alvarado firman los certificados de inversión del Elca International Bank and Trust Limited a favor de Night Glow S.A. sabían que el banco no estaba operando pero que su cliente confiaba en lo que ellos le hacían parecer real, ambos en ejercicio de sus cargos como Presidente y asesor de Banco Elca S.A. y actuando en las instalaciones de este banco. *Habitus, character: cualquier conducta antisocial o antijurídica es importante y debe tenerse en cuenta. Los testigos indicaron que Night Glow S.A. no fue la única entidad a la que se le ofreció el servicio de banco offshore de Banco Elca S.A. sino que Alvarado Moya la ofrecía a diestra y siniestra y "no se le podía callar la boca" como indicara Hernán González. Martín Bolívar refirió que él firmó certificados de ese banco a favor de Javier Penón y también hay prueba documental admitida referida a certificados similares a favor de Cori Consulting and Financial Services S.A., hechos que no fueron objeto de este debate por haberse llegado a un acuerdo conciliatorio. Se dijo en el aparte VI.1 (ii) (iii) que Alvarado ofrecía sin peros la sucursal offshore como un servicio más del banco. Ello revela un patrón de comportamiento del encartado Alvarado Moya y la falta de culpa de la víctima pues todas ellas, empresarios nacionales y extranjeros reconocidos y de amplia trayectoria financiera, bancaria y en inversiones, creyeron en Alvarado Moya por la forma en que presentaba el negocio (en las instalaciones de Banco Elca, con su personal gerencial, con papel membretado de la entidad de Belice, aludiendo a una entidad con el mismo nombre del Banco y los mismos signos externos y valiéndose de la confianza depositada en él por el prestigio que hasta entonces tenía). También se determinará en esta sentencia que esos no eran los únicos actos irregulares, inmorales o ilícitos cometidos por Alvarado sino que, tiempo después, creaba préstamos ficticios, lograba evadir el trámite normal para solicitudes de crédito aprobándolas o prorrogándolas él solo, a favor de sociedades relacionadas consigno mismo, autorizaba redenciones anticipadas de certificados a favor de su familia pero no de terceros y a sabiendas de la grave situación que atravesaba el banco que ameritaría el inminente decreto de un grado de irregularidad por parte de la SUGEF, crea operaciones ficticias para "maquillar" los informes contables de la institución, etc. Es decir, hay un comportamiento simultáneo y posterior del encartado Alvarado Moya que denota el irrespeto a las normas y procedimientos y su afán por presentar como reales formas que no lo eran. *Subfortuna: la falta de medios económicos necesarios para continuar desempeñando la actividad bancaria de parte del simulador se evidencia, en este caso en que, si bien a título personal y frente a cualquier persona media él mantenía una posición económica solvente, la institución que representaba no la tenía frente al medio bancario. Es decir, carecía de los recursos que se requerían para mantenerse en el sistema financiero con un banco abierto y operando regularmente. Recordemos que si bien los certificados que nos ocupan se emiten de mayo de 2002 y la SUGEF lo notifica tiempo después que debía aumentar de un modo importante las reservas ante las diversas irregularidades en créditos que se habían observado (muchas de los cuales están íntima y directamente relacionados con la gestión personal de Alvarado como se analizará en otros considerandos), varios testigos dijeron que el banco había estado ya en un grado de irregularidad importante, que Filloy le prestaba a Alvarado sus cuentas para obtener recursos que ya por sí mismo no podía obtener, etc. (así las declaraciones de Hernán González, Cecilia Sancho, etc.), de modo que obtener recursos era apremiante para Alvarado y hacerlo aparentando que se invertirían en una sucursal offshore de ese banco en el exterior (lo que, de por sí, era una práctica común en los otros bancos del país para entonces) era el modo apropiado para obtenerlos. *Movimiento bancario: los negocios jurídicos



patrimoniales entrañan siempre un movimiento bancario máxime la magnitud de ciertas operaciones. En este caso se encuentra acreditado que se debita de la cuenta de Montañas Mágicas del Sur (también propiedad de Maynard Garber) la suma de tres millones de dólares -junto a otros montos no reclamados- y con el cheque de gerencia que se crea -a nombre del banco en el que Alvarado tenía la cuenta de su sociedad Bosques de Ayarco S.A. por haberlo solicitado Alvarado como parte del procedimiento para ingresar el dinero a la cuenta en Belice- se le entrega a la persona autorizada para ello por Carlos Alvarado, nada más y nada menos que el gerente general de Banco Elca. Luego el dinero es depositado en la cuenta de Bosques de Ayarco, propiedad de Carlos Alvarado según consta a folios 53-54 del legajo de querrela de Cori Consulting and Financial Services y de ahí sale para diversas cuentas relacionadas con Carlos Alvarado como indicara Hernán González. No consta que Alvarado en ningún momento transfiriera esa suma a ningún banco internacional a nombre de la entidad ofendida (y no al suyo propio), de modo que la mención que contienen los certificados de inversión referente a Elca International Bank and Trust Limited es solo eso, letras en un papel, sin que ese dinero fuera recibido por el banco que, luego, se autorizó para funcionar pero con un cambio de nombre (folios 35 a 40 del legajo de querrela de Cori Consulting and Financial Services S.A.), todo ello sin conocimiento de la víctima, y es vendido a los venezolanos como dijera el propio Alvarado Moya y consta en el correo de folio 7209 del tomo XV principal en donde él pretende desligarse de la obligación a partir de las formas legales citadas, olvidando estos elementos que se destacaban de las apariencias del negocio que originalmente se pactó. *Retentio possessionis: mantener la posesión de la cosa o falta de ejecución del contrato simulado: se evidencia cuando los encartados Alvarado y Filloy mantienen bajo su custodia (el último materialmente y el primero por dominio de la situación) los títulos de inversión originales y no los entregan a Ricardo Alvarado pese a los constantes requerimientos de este. Esa posesión de los títulos se logró, también, gracias a la confianza y credibilidad que merecían las citadas personas y al hecho de que siendo cónsul en Belice Filloy y encargado de viajar constantemente, eventualmente tendría más facilidades de negociar los citados títulos valores en caso de requerirse (según se le dijo a la víctima). No obstante, la retención de los títulos evidencia la necesidad de que las víctimas no tuvieran documentos que comprobaran la falsedad de todo lo que se aparentaba. Por otra parte, la retención de la posesión de todo lo acaecido en el Banco de Belice se evidencia porque hasta los gastos de esa institución intentaron introducirse en los estados financieros del Banco Elca S.A. (ver folio 10496 del tomo XIX principal) lo que determina el dominio de una sobre otra. *Tempus: ya se dijo que hay sospecha por el tiempo de celebración de esos contratos pues para mayo de 2002 el Banco Elca S.A. requería recursos importantes con los que hacer frente a las diversas obligaciones que tenía incluyendo la de mantener una cara de normalidad ante las instituciones de supervisión nacionales. El mismo Alvarado indicó que había tenido una "corrida" importante de inversionistas a raíz de actos en los que estuvo involucrado un presunto inversionista (Mario Levi) que se dedicaba a hacer piquetes frente al banco y Hernán González refirió que eso le hizo tanto daño al Banco Elca S.A. que Carlos Alvarado empezó a recibir dinero de "mechudos" es decir inversionistas de casinos, con dinero en efectivo de Colombia, etc. *Insidia: maniobras del simulador que sobrepasan los niveles de tolerancia social pues hace participar a la víctima en la simulación: ¿cómo no recordar que Alvarado Moya cita al querrellante a reuniones en Guatemala para hacerle partícipe de supuestas formas de pago y reuniones para que capitalizara sus inversiones? *Provisio: son previsiones del simulador para lograr el fin y evitar la traición del cómplice (Varela vio cómo Alvarado se llevaba, poco antes de la intervención, documentación del banco; posteriormente en la casa de su padre aparecen documentos relacionados con esta operación. Álvaro Castro indicó que Alvarado lo llamó para decirle que se apuntaba con él o con Filloy y González y, en este caso, aparecerían "papelitos" que lo comprometían, con lo que pretendía guardar su lealtad y silencio. *Incuria: descuido en elementos accidentales del negocio simulado. No obstante lo que hasta ahora se viene diciendo, es claro que Alvarado descuidó detalles que, sin embargo, le eran útiles para hacer incurrir en el engaño a la víctima. Usa como nombre de la sucursal offshore el mismo "Elca Internacional" que tenía la corporación controladora

del banco Elca S.A. (Corporación Elca Internacional S.A.) y los signos externos son los mismos (si se observa el logo de los certificados originales frente a los documentos contemporáneos se percibe claramente que se trata de la misma forma de escribir el nombre, los mismos colores, etc.) y hace las reuniones en el seno del mismo Banco Elca S.A., citando a los personeros gerenciales de la institución quienes pasan a ser así, testigos, de la irregularidad acreditada. Descuidó también Alvarado, en este intento de desligar ambas instituciones, el que se había abierto una cuenta especial a nombre de Javier Filloy en los estados financieros de Banco Elca con que se pagarían los gastos del supuesto banco de Belice (folio 10496 del tomo XIX) y que, para ponerlo a operar, en fecha muy posterior a los certificados de la víctima, tuvo que llevarse parte del personal local para allá, con gastos cubiertos por el Banco Elca S.A. como indicara la oficial de cumplimiento. *Inertia: el cómplice muestra una actitud pasiva. Nótese que según indicara Gloria Navas en debate Javier Filloy se mostraba anuente, en ausencia de Carlos Alvarado, de entregarles diversos documentos. Siempre él asentía que el dinero se iba a entregar, que estaban haciendo gestiones y daba excusas por el atraso pero quien terminaba dando la palabra final (negociando para convertirlos en accionistas del banco en Belice y diciendo, simple y llanamente, que no iba a pagar) era Carlos Alvarado. *Dominancia: papel dominante del principal que en este caso es Alvarado a quien todos le obedecen y le rinden pleitesía creyéndole todo lo que dice y confiando en todo lo que hace. *Indicios endoprocesales: que se manifiestan con la parquedad en explicaciones de temas medulares y la elocuencia en temas intrascendentes o marginales; la conducta oclusiva y omisiva tendiente a obstaculizar la labor probatoria que se manifiesta con la negativa a entregar los documentos originales desplegada originalmente por Filloy o en el planteamiento de una estrategia de defensa, material y técnica, tendiente a culpar a todos -salvo a Alvarado- por todo y en exposiciones con amplio análisis de pequeños detalles que dejan al margen el tema central. Todos estos indicios, valorados en conjunto, permiten concluir que lo que sucedió no fue que un banco internacional intervino como tercero en una negociación nacional como se ha pretendido hacer ver sino que Banco Elca S.A., a través de su Presidente y representante legal, aparentó la existencia en condiciones de normalidad de una institución para captar a su nombre dineros que, en realidad, nunca ingresaron a dicha entidad pues no sólo se acreditó que el dinero ingresó a la cuenta de Bosques de Ayarco S.A. perteneciente o dominada por Carlos Alvarado sino que, para entonces, la citada institución no tenía licencia de Belice para captar. En consecuencia, quien creó la apariencia (Banco Elca S.A. a través de sus personeros) es quien debe responder y no necesariamente un tercero cuyo nombre fue usado. Igual ocurriría si la entidad usada no hubiera existido del todo (y no, como en este caso, que estaba en trámite pero no podía funcionar en cuanto a captaciones se refiere) o si existiendo legal y lícitamente su nombre es usado, sin su consentimiento, para negocios de otros. Son éstos quienes responden y no aquellos cuyo nombre fue indebidamente usado. Todo ello, claro está, sin perjuicio de alguna solidaridad que pueda existir (ya que para el momento de los hechos los personeros de la entidad de Belice eran Alvarado y Filloy), que como tal no impide que en este caso deba responder Banco Elca S.A., ahora su Quiebra y Junta Liquidadora de ella, a libre elección del actor civil como sucede en las obligaciones solidarias (artículo 640 del Código Civil)... En virtud de todo lo expuesto, si -como se ha tenido por acreditado- Carlos Alvarado tuvo la intención, al emitir certificados de Elca International Bank and Trust Limited de Belice, de presentar esa institución como una sucursal offshore del Banco Elca S.A., entidad en la que actuaba como su representante para luego usar la separación patrimonial y jurídica de las sociedades a fin de evadir responsabilidad por el dinero recibido, es claro que abusó del derecho y, por ello, no ha de verse la forma jurídica (dos sociedades diversas) sino la apariencia desplegada ante las víctimas (Carlos Alvarado actuando en representación de Banco Elca S.A. y comprometiéndose en nombre de esa institución por lo que ella responde) y, por ello el tribunal -teniendo la obligación de impedir que un delito tenga consecuencias jurídicas mayúsculas- no puede estimar que Banco Elca S.A. (ahora su quiebra y Junta Liquidadora) carezcan de responsabilidad civil. Es en virtud de lo dicho que las excepciones de falta de legitimación pasiva, falta de legitimación activa, falta de derecho y la genérica sine actione agit (ver folio 13853) deben

ser rechazadas y ha de acogerse la demanda civil resarcitoria planteada por Night Glow S.A. no sólo contra Carlos Alvarado actuando a título personal (en cuanto causante del delito) sino también contra Banco Elca S.A., ahora su Quiebra representada por la Junta Liquidadora. Night Glow S.A. tiene derecho a que su dinero le sea retribuido pues fue entregado de buena fe y envuelta en un delito ya declarado. Si bien el dinero pudo provenir de otra entidad (Montañas Mágicas del Sur S.A.) hay libertad de disposición del patrimonio y si el representante de Montañas Mágicas S.A. lo invierte a nombre de Night Glow S.A. y ésta no recupera la inversión es ésta quien está legitimada activamente para demandar, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda tener el representante por ese giro de haber mediado algún acto ilícito, que no es esta la vía para declararlo ni tienen interés en ello los demandados civiles. No interesa, para efectos de legitimación activa, quién es el dueño único de las acciones de tales entidades pues siempre actuó en el proceso su apoderado general judicial conforme a los documentos de folio 952 del tomo III principal y 118-119 del legajo de demanda civil (entre otros) y los apoderados especiales de este (ver folio 121 del legajo de demanda civil). Alvarado y la Quiebra del Banco Elca S.A. (en cuanto sucesión del fallido Banco Elca S.A.) están legitimados para ser demandados civilmente al ser uno el causante del delito y la otra la empresa en que se cometió, por su apoderado, administrador y representante legal y dando la apariencia de que comprometía a esa institución y actuaba dentro del marco propio de sus funciones. Hay interés actual porque los daños y perjuicios no han sido resarcidos, ya nacieron a la vida jurídica, no son expectativas de derecho y no están prescritos pues el plazo para ello corre desde su reconocimiento en sentencia (artículo 138 de las reglas vigentes del Código Penal de 1941 sobre responsabilidad civil según ley N° 4891 y 868 del Código Civil).” En resumen, como ya lo dijo esta Sala líneas arriba, concordando con la exposición sopesada y documentada del a quo, al haber actuado Alvarado Moya en uso de su calidad de presidente del Banco Elca y de las credenciales con que este contaba, el Banco asumió la condición de obligado solidario por los hechos ilícitos en que aquel incurrió. Siendo así, aunque la transacción que por tres millones de dólares se efectuara con la presunta agencia localizada en Belice, ello no es óbice para que, en términos extracontractuales, la Quiebra del Banco Elca deba asumir esa responsabilidad. Sin lugar a los dos motivos.

XXXVIII.- Como cuarto motivo de forma, vuelven los impugnantes sobre el tema de que sólo los actores dijeron desconocer que la agencia offshore del Banco Elca en Belice no tenía permiso para captar fondos; que luego obtuvo ese permiso; que la transacción con el señor Garber fue un negocio personal de Alvarado Moya y que la agencia en Belice pertenecía a la Corporación Elca, y no al Banco Elca, por lo que este no debe responder; que no se demostró que los fondos no fueran acreditados en aquel lugar; que debe existir en dicha entidad provisiones suficientes para honrar la deuda con Garber; y, nuevamente, que no hay nexo causal que comprometa o responsabilice a su representada en esos hechos. No es de recibo el reclamo. Nuevamente debe explicarse a los petentes que el análisis que hacen parte de premisas normativas erróneas, pues se da por supuesto que se trató de una transacción financiera y a partir de ese dato y las prescripciones que regulan la materia, obtienen sus conclusiones. Sin embargo, como ya repetidamente se ha venido diciendo en esta resolución, no se estaba ante una transacción financiera normal, sino ante un delito que se expresó en ella, cambiando por tanto la normativa aplicable, como se expuso largamente en el considerando anterior. Estando explicado allí, segmento ese en que se abordan todos los tópicos que los recurrentes otra vez plantean en este motivo, se remite a las partes a lo decidido.

XXXIX.- El próximo tema que cuestionan los recurrentes es la legitimatio ad causam activa ostentada por Night Glow sociedad anónima, pues esta le fue reconocida después de ser discutida en el proceso, pese a que consta que el dinero que fue entregado a Alvarado Moya, provenía de la



cuenta de otra sociedad anónima de ese mismo empresario, como es Montañas Mágicas del Sur. Por ende, afirman, aquella no podía comparecer al proceso como actora civil ni verse indemnizada, dado que no fue perjudicada y no poder actuar por cuenta de la otra sociedad. Al no haber comparecido ningún representante de Montañas Mágicas del Sur, la acción no era sustanciable ni concedible. Además, no se comprobó por vías preceptuadas por el Código de Comercio quiénes son los socios de ambas personas jurídicas. No son de recibo ambos alegatos. En un proceso penal, no se requiere, como señalan los recurrentes, que la calidad de socios se demuestre a través del Libro de Registro de Accionistas, lo cual puede ser exigible en otros procedimientos, mas no en el penal, en el que rige, como se sabe, el principio de libertad probatoria estipulado en el artículo 182 del Código Procesal Penal. En aplicación de este, los hechos relevantes pueden ser demostrados por cualquier medio lícitamente obtenido, como pueden ser los testimonios vertidos en el debate, de los cuales ninguno puso en tela de duda que Garber fuera el socio único de esas dos personas jurídicas, sino que quienes dijeron saber del asunto, así lo constataron. Por otra parte, el hecho de que el dinero proviniera de otra sociedad anónima o, en general, otra persona cualquiera, para ser invertido a favor de Night Glow, no significa que tuviera que comparecer aquella y no esta. Lo importante es que esta es la perjudicada, porque el dinero fue depositado a favor de ella. Piénsese, por ejemplo, en los fondos que una persona cualquiera deposita a favor de otra, o bien que le da en préstamo para que invierta. Obviamente, en tales situaciones, quien se ve ofendido por cualquier veleidad es el beneficiado con el depósito o préstamo, y no aquel que entregó el dinero por cualquier título (depositante o prestatario, por ejemplo). En fin, al igual que en cualquier otro escenario similar, quien se ve agraviado es el titular del derecho, aquel a favor de quien se hizo el depósito o inversión, y no la fuente de origen de los fondos, pues nada impide que, conforme al principio de libre disponibilidad patrimonial, cualquier persona pueda hacer una inversión en beneficio de otra (siempre que esta no lo rechace), siendo esta y no aquella la que se vería damnificada si es que tales fondos desaparecen o se desmejoran. En síntesis, el que el dinero invertido a favor de Night Glow proviniera de Montañas Mágicas del Sur, o cualquier otra sociedad o persona, no implicaba que fuera esta la que tuviera que comparecer al juicio, pues la calidad de ofendida la tiene Night Glow, y no la fuente de los fondos, que a los efectos es irrelevante de dónde provengan o a qué título. Sobre esas cuestiones, nuevamente vale la pena referirse a lo establecido por el a quo, que sobresale en claridad y contundencia. “En cuanto a la excepción de fondo de falta de legitimación activa (ad causam) tampoco se determina como acogible pues, conforme se analizará ampliamente cuando se aborde el tema específico, Garber, en cuanto único dueño del capital accionario de Night Glow S.A. (como lo indicaran tanto él como Ricardo Rojas y James Henderson y consta en los documentos de folios 16144-16149 del tomo XXVI principal y 16630 del tomo XXVII que es un documento público y no ha sido argüido de falso en la vía correspondiente: artículo 370 del Código Procesal Civil), es quien le entrega el dinero y autoriza a Ricardo Rojas para que éste entregue los cheques de gerencia para hacer la inversión de los tres millones de dólares. Conforme a las instrucciones dadas, Rojas entrega el dinero a Hernán González -por órdenes de Carlos Alvarado quien actuaba como Presidente de Banco Elca (pues Alvarado no se encontraba en ese momento como indicara Hernán González quien refirió que lo llamó y Alvarado le dijo que recibiera los cheques y le dio las especificaciones para que se hicieran los certificados de inversión a nombre de Night Glow S.A.)- de modo que el primero, en la citada condición, está legitimado para demandar a quien, posteriormente, se negó a devolverle los recursos invertidos y quien le había dado información no correcta sobre la citada inversión, que es el aquí encartado quien actuó, en su momento, tanto a título personal como en su condición de Presidente de Banco Elca S.A. por lo que ahora puede ser demandado a título personal y hacerse lo propio respecto de quienes ahora ostentan la representación de Banco Elca, como oportunamente se analizará. Las manifestaciones de la defensa de don Carlos en el sentido que no se demostrara que Maynard Garber sea el propietario y único accionista de Night Glow S.A. o de Montañas Mágicas S.A. o que el dinero es de esta entidad y no de aquella por lo que los personeros de Montañas Mágicas del Sur S.A. son quienes tienen que demandar tampoco son de



recibo. Ha de recordarse que en materia penal rige el principio de libertad probatoria (artículo 182 del Código Procesal Penal) por lo que todo se puede demostrar por cualquier medio legítimo de prueba salvo disposición prohibitiva en contrario que no hay para estos efectos. El señor Garber tanto como don Ricardo Rojas y James Henderson refirieron que tanto Montañas Mágicas del Sur S.A. como Night Glow S.A. son sociedades cuyo único accionista es el señor Garber y que si bien el dinero se tomó de las cuentas de la primera empresa lo fue para invertir en certificados de depósito a nombre de la segunda empresa, existiendo el principio de disponibilidad patrimonial que así lo posibilita, de modo que quien tiene la legitimación para demandar es la empresa a cuyo nombre se constituyeron los certificados de inversión (Night Glow S.A.) aunque los recursos hayan provenido de otra fuente y, por ello, no se observa ningún vicio a este respecto. Por otra parte, de existir alguna controversia sobre la titularidad del dinero es algo que deberán resolver las entidades Montañas Mágicas del Sur S.A. y Night Glow S.A. sin que en la controversia eventual que llegare a suscitarse tengan algún interés los demandados civiles o acusados penales pues éstos están legitimados para ser demandados por aquellos a nombre de quienes se confeccionaron los títulos, como en efecto se hizo, con independencia de si para la confección de esos documentos medió o no algún pacto.” (folios 17037-17038). Queda entonces explicado que, contrario a lo sostenido por los gestionantes, la sociedad anónima Night Glow sí estaba legitimada para comparecer al proceso y que la personería del señor Garber sobre ella fue correctamente acreditada. En consecuencia con todo lo dicho, se declara sin lugar el motivo.

XL.- En el último motivo de forma, aseguran los recurrentes que la sentencia concedió la liquidación de intereses por las sumas debidas aún después de que se declaró la quiebra del Banco Elca, la cual fue declarada el 24 de febrero del año 2005. Esto a contrapelo de lo que establece el artículo 885 del Código de Comercio, el cual hace cesar de inmediato el curso de intereses corrientes y moratorios frente a la masa, a partir de ese momento. Añade que, aparte de marcar una desventaja para los demás acreedores, representó un exceso por parte del a quo, al hacer una liquidación que el actor civil no hizo, la cual debió ser rechazada por genérica. Además, dicen, la tasa utilizada es la propia de obligaciones civiles, lo cual es incorrecto. Para terminar, dicen los quejosos, la solicitud fue para amparar los depósitos, en tanto el a quo los concede por concepto de indemnización. No es de recibo el alegato. Efectivamente la tasa empleada es la que corresponde a las obligaciones civiles, porque la responsabilidad que surgió de los hechos es de carácter civil, y no mercantil o de otra índole. Esta, debe recordarse otra vez, no proviene de un acto mercantil, sino de uno delictivo, siendo por tanto aplicable al respecto la legislación civil. Por eso mismo, el cese de intereses dispuesto por la legislación comercial respecto a las obligaciones de la entidad a partir de la quiebra, no es apto para este caso, en el que frente a lo que se está no es una obligación mercantil y sus intereses corrientes o moratorios, sino una responsabilidad civil proveniente de un delito, que tiene un estatus que efectivamente la hace diferente a las otras obligaciones de la quebrada, las cuales surgieron como de carácter comercial y, en consecuencia, sí se rigen por la regulación que impone tal cese. Pero, como se ha subrayado hasta el cansancio, en este asunto la categoría y disciplina jurídica de los hechos es diversa, por estarse frente a un ilícito penal y no una mera transacción mercantil, que es una distinción que los recurrentes sistemáticamente han omitido. Luego, no es cierto que la actora no hiciera una liquidación de las sumas que cobraba. Con tal propósito, hizo remisión a las tasas vigentes en cada época, las cuales son y pueden ser de conocimiento de los interesados. En otras palabras, al señalar que debe hacerse la liquidación de intereses conforme a la tasa vigente en los diferentes plazos que componen el transcurso a partir del hecho punible, no es preciso mencionar ritualmente las diferentes tasas vigentes en cada periodo, pues estos están fijados por el Banco Central de Costa Rica, sin que necesiten comprobación por ser un parámetro de conocimiento general. Por otra parte, el concepto jurídico por el que se solicita la indemnización de intereses, es irrelevante, correspondiéndole a los Juzgadores aplicar la normativa vigente, de conformidad con el principio iura novit curia, pues es un



asunto de Derecho. Lo relevante es que la parte haya exigido ese resarcimiento y este fuera concedible, aunque la fundamentación normativa fuera otra a la mencionada por la actora.

XLII.- En el motivo de fondo se replantea el tema de que los intereses no fueron liquidados por la actora según la tasa vigente para cada uno de los periodos corridos, por lo que al hacerlo de cuenta propia el Tribunal sustituyó la voluntad de esta y concedió más de lo solicitado. El tema ya fue discutido y resuelto en el considerando anterior, por lo que debe estarse a lo allí establecido.

XLII.- En el único motivo que compone su recurso por adhesión, el apoderado de la querellante y actora civil reclama la incorrecta aplicación de la normativa de fondo. Sostiene que, al liquidar sus honorarios, el a quo aplicó la tabla de N° 20307-J, pero que la intervención suya y de su representada en este asunto se dio a partir del 22 de agosto del 2005, cuando ya regía el nuevo arancel, N° 32493-J (vigente desde su publicación en La Gaceta N° 150, del 5 de agosto del 2005). Indica que, si bien ese decreto contiene un transitorio en el que se preceptúa que los procesos ya iniciados se rigen según la tabla derogada, lo cierto es que, para su representada, el trámite se inició en agosto del año 2005, cuando intervino en esta. No es atendible el motivo. Antes de abordar el reclamo, debe aclarársele a la parte que la contraprueba al testimonio del doctor Carazo Serrano ofrecida por adherente a 18412, dejó de tener relevancia procesal, al haberse rechazado en esta sede el testimonio del citado galeno (folio 18550), por lo cual no era pertinente su evacuación. En lo que corresponde al alegato presentado por el licenciado Rojas Rodríguez, debe señalarse que el proceso no se inicia para una parte cuando esta interviene, sino cuando ha empezado el trámite de la causa. De forma que, aunque la intervención pueda ser tardía, lo cierto es que ello no puede llevar a sostener que hasta entonces “empezó el proceso”, lo cual haría que el “inicio” de cada trámite sea relativo a cada uno de los intervinientes, con la consecuencia de que, como en este asunto, los honorarios profesionales sean diversos de acuerdo a la fecha en que se empezó a participar del proceso. Al contrario, debe tenerse en claro que, una cosa es el inicio del proceso, y otra es el inicio de la intervención en él, que no son lo mismo. Aquel se puede desarrollar y tiene existencia aunque una parte en específica no intervenga, o cuando su intervención se demore; esta, inicia con el trámite o, como sucede aquí, lo encuentra iniciado. Por consiguiente, no es admisible esgrimir, como dice el recurrente, que al haberse apersonado su representada al proceso el 22 de agosto del 2005, la tabla de honorarios aplicables sea la publicada unos días antes, porque esta contiene un transitorio el cual dispone que para los asuntos ya comenzados, seguiría rigiendo la tabla anterior. Entonces, al estar esta causa entre las que se había iniciado antes de la promulgación de la tabla de aranceles profesionales del año 2005, le corresponde seguir rigiéndose por la que la precedió, o sea el decreto 20307-J. en conclusión, el punto está correctamente resuelto por el Tribunal y debe declararse sin lugar el recurso.

XLIII.- En cuanto a las probanzas presentadas por el defensor Elizondo Breedy con fecha del 29 de junio y que rolan a folios 18673 y siguientes, cabe acotar que, como reconoce el propio recurrente, en cuanto a la calidad de las operaciones back to back, no aportan argumento novedoso alguno, pues ese elemento ya fue discutido páginas atrás. El hecho de que hayan sido hechas por el representante de los acreedores del Banco Elca en la Junta Liquidadora, no viene a agregar ningún otro factor de consideración a las acciones de Alvarado Moya que aquí se analizan ni desdican en lo más mínimo las maniobras fraudulentas que se desarrollaron con el pretexto de dichas operaciones.

XLIV.- Luego, acerca de la conducta observada por el acusado Alvarado Moya como privado de



libertad, y la solicitud de que se reduzca la “ pena cruel ” (apalabras del defensor) impuesta a ese ciudadano de cincuenta años, también en las páginas anteriores se resolvió el asunto, declarando que no se estima que dicha pena resulte desproporcionada y, las condiciones del acusado en su calidad de privado de libertad, pueden ser tomadas en cuenta por la Administración Penitenciaria o incluso el Juez de Ejecución de la Pena para determinar los patrones específicos por los que se registrará, según las circunstancias, el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en el fallo a Alvarado Moya.

Por Tanto:

Se declaran sin lugar las casaciones y la adhesión presentadas.

José Manuel Arroyo G.

Jesús Ramírez Q.

Alfonso Chaves R.

Magda Pereira V.

María Elena Gómez C.

(Mag. Suplente)

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS



- 1 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución : 2009-00870. San José, a las catorce horas y veinte minutos del nueve de julio del dos mil nueve.