

1

Recabido
10:17 23/9/2020



COPIA

NEMA: INTERPOSICIÓN DE DENUNCIA PENAL

SEÑOR FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA:

Nosotros: SALVADOR NELSON GARCÍA CÓRDOVA, mayor de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, departamento de San Salvador, con documento único de identidad número cero dos cero uno cero seis cinco cuatro - uno, número de identificación tributaria cero seis uno cuatro - dos uno cero tres cuatro dos - cero cero dos, y tarjeta de identificación de abogado número novecientos ocho; y LUIS MARIO PÉREZ BENNETT, mayor de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, departamento de San Salvador, con documento único de identidad número cero cero siete ocho nueve nueve cinco uno - cinco, número de identificación tributaria cero seis uno cuatro - dos tres cero tres cinco seis - cero uno dos - cinco, y tarjeta de identificación de abogado número dos mil ciento noventa y siete, en representación de la Sociedad "Ingeniero José Antonio Salaverría y Compañía de Capital Variable", que se abrevia "Ingeniero José Antonio Salaverría y Co. de C.V.", que en adelante abreviaré "IJASAL", personería que comprobamos con el Poder General Judicial con cláusulas especiales que adjuntamos al presente escrito, muy respetuosamente le **EXPONEMOS:**

I. ACREDITACION Y PERSONAS DENUNCIADAS

Somos Apoderados Generales Judiciales con Cláusulas Especiales de la Sociedad en referencia, tal como lo acreditamos con la copia certificada del Testimonio de Escritura Pública del Poder General con Cláusulas Especiales, que agregamos a la presente denuncia.

Que con expresas y precisas instrucciones de nuestro mandante y de conformidad con los Arts. 17, 260, 261 y 262 del Código Procesal Penal, interponemos denuncia

en contra de ciertos miembros de la Junta Directiva del Banco Davivienda Salvadoreño, S.A., compuesta por las siguientes personas: Gerardo José Simán Siri (Presidente), Moisés Castro Maceda (Vicepresidente), Freddie Moisés Frech Hasbún (Secretario), María Eugenia Brizuela de Ávila (Primer Director Propietario en funciones) y Ashali Julieta Baños (contador general), por el ***Delito de Falsedad Ideológica en Documento Privado cometido en Comisión por Omisión*** (Art. 284 incisos primero y segundo relacionado con el Art. 20 del Código Penal) en perjuicio de la Sociedad IJASAL y del orden socio-económico.

II. IMPUTACIÓN PENAL

La imputación delictiva es la conducta establecida en el inciso segundo del Art. 284 del Código Penal, y que se relaciona con las conductas típicas establecidas en el inciso primero del mismo artículo, cometidas en comisión por omisión, esto es, falsedad ideológica en documento privado en perjuicio de la sociedad IJASAL y del orden socio-económico en general. La norma penal es la siguiente:

Art. 284.- El que con motivo del otorgamiento o formalización de documento público o auténtico, *insertare o hiciere insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar*, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare en documento privado, se impondrá la misma pena si el agente actuare con ánimo de causar perjuicio a un tercero (el estilo de letras en negritas y cursivas son de nuestra autoría).

III. RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

Mediante Sentencia emitida por la Sala de lo Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia el día cinco de junio de dos mil diecinueve, en el juicio sumario mercantil de reclamación y liquidación de daños y perjuicios (con número de referencia 270-

CAM-2018), se condenó a la Sociedad "Banco Davivienda Salvadoreño, S.A." al pago de CUARENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 49,314,303.55) a favor de la sociedad "Ingeniero José Antonio Salaverría y Compañía de Capital Variable" (IJASAL), en concepto de daños y perjuicios ocasionados.

Para darle cumplimiento a lo anterior, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en resolución del día trece de septiembre del año dos mil diecinueve, declaró ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada la referida sentencia, y al efecto, emitió la ejecutoria de ley.

No obstante lo anterior, nuestro mandante tuvo conocimiento que los abogados de la Sociedad perdedora del litigio, presentaron una demanda de Amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, alegando "vulneraciones de sus derechos constitucionales". *La admisión o rechazo de dicha demanda no ha sido resuelta hasta esta fecha por la referida Sala de la Corte Suprema de Justicia.* Pese a lo anterior, es decir, a la existencia de la ejecución de una sentencia desfavorable a sus intereses, la Junta Directiva del Banco en referencia, en el informe y estados financieros consolidados intermedios (no auditados) de los años 2019-2020, **(expresadas en miles de dólares de los Estados Unidos de América)**, realizado por la firma Auditores y Consultores de Negocios, S.A. de C.V. (con una nota de presentación firmada por Ángela Osorio de Argueta), el cual tiene fecha 23 de julio de 2020, se transcribió en la Nota 18, número 5, lo siguiente (se cita textualmente):

"5. Clase de Proceso: Juicio Sumario Mercantil de Reclamación y liquidación de daños y perjuicios.

Demandante: Sociedad Ingeniero José Antonio Salaverría y Compañía de C.V. (en adelante IJASAL), Referencia: 34-SM-09.

Demandado: Banco HSBC Salvadoreño S.A. (hoy Banco Davivienda Salvadoreño S.A.).

Monto demandado: \$ 22,727.8.

Causales de la demanda: Presuntos incumplimientos de un contrato suscrito entre las partes, respecto del cual demandan daño emergente y lucro cesante, como efecto directo e inmediato de los presuntos actos realizados por el Banco.

Estado Actual: Proceso con sentencias favorables al Banco en primera y segunda instancia. El 13 de junio de 2019 la Sala de lo civil de la Corte Suprema de Justicia notifica sentencia de casación desfavorable al Banco condenándolo a pagar indemnización por daños y perjuicios por la suma de \$ 49, 314.3. En fecha 30 de julio de 2019, el Banco presentó una demanda de amparo en contra de dicha decisión ante la Sala de lo Constitucional, acompañada de una solicitud de medida cautelar tendiente a evitar la ejecución de la sentencia condenatoria. Lo anterior, por considerar el Banco que se le han violado derechos constitucionales. En noviembre de 2019, fueron inmovilizados activos financieros del Banco por orden judicial por un monto de \$65,751.6. A la fecha de estos estados financieros, se está en espera de la decisión de la Sala de lo Constitucional.

Por el momento, IJASAL, ha iniciado el trámite normal de ejecución de la sentencia del 13 de junio de 2019 de la Sala de lo Civil, procediendo al diligenciamiento del embargo. *Sin embargo, una vez que se admita la demanda de amparo presentada por el Banco y suspendidos los efectos de la sentencia impugnada, el trámite de ejecución será detenido*¹.

A lo anterior, podemos hacer las siguientes aseveraciones:

- 1) De acuerdo con esta Nota, expresadas en miles de dólares de los Estados Unidos de América, se plantea al inicio que el monto demandado asciende a \$22,727.8,

¹ El resaltado nos pertenece.

pero en verdad es \$ 49, 314, 3, que expresado en miles de dólares de los Estados Unidos de América, asciende a \$49,314,303.55. Por ende, existe un dato falso e incorrecto al inicio de la nota. Lo correcto es que en un informe del año 2020, se diga con exactitud la erogación que el Banco tendrá que hacer para el pago de los daños y perjuicios causados a IJASAL según lo que establece el pronunciamiento de la Sala de lo Civil. La cantidad de \$49,314,303.55 tampoco se relaciona con el rubro de "Otros Pasivos" y Cuentas por pagar dentro del Balance General consolidado intermedio (no auditado). Al efecto, puede verse en su página 3.

- 2) Luego se menciona el dato financiero correcto dentro del párrafo relativo al estado actual en la Nota 18, pero haciendo la salvedad que se ha presentado una demanda de Amparo con una solicitud de medida cautelar para suspender la ejecución de la sentencia de casación desfavorable por el monto de \$49,314,303.55. Sin embargo, en el último párrafo se asevera de forma temeraria: "una vez que se admita la demanda de Amparo presentada por el Banco y suspendidos los efectos de la sentencia impugnada, el trámite de ejecución será detenido".

Pueden advertirse en dicha nota 18 adjunta del informe, siempre expresada en miles de dólares de los Estados Unidos de América, como en la página 3 del mismo, imprecisiones (1) y hasta suposiciones altamente cuestionables que ponen en entredicho la transparencia, legalidad e imparcialidad en la administración de Justicia (2), que no corresponden únicamente a las personas naturales que prepararon los estados financieros intermedios, sino también, de la Junta Directiva del referido Banco, que avaló dicho informe. Por un lado, a no brindar certeza del monto verdadero, siempre expresado en miles de dólares de los Estados Unidos de América que el Banco debe pagar a IJASAL que no es el monto inicial de la demanda (\$22,727.8,) sino el que se establece en la sentencia ejecutoriada de la Sala de lo Civil (\$49,314.3 equivalente a \$49,314,303.55).

Y por otro lado, a dar por supuesto que el proceso de ejecución de la sentencia *de la Sala de lo Civil, será detenido y, por ende, el cobro de los daños y perjuicios no será posible mientras se tramita el proceso de amparo en la Sala de lo Constitucional. Algo que obviamente, es una posibilidad que no está dentro de su dominio. Y esto porque la Sala de lo Constitucional podría determinar también:*

- a) el rechazo de la demanda por improcedencia;*
- b) el rechazo de la demanda por inadmisibile; o*
- c) la admisión de la demanda sin la adopción de una medida cautelar.*

Distinta fue la redacción utilizada en la Nota 29 (litigios pendientes) número 5 de los Estados Financieros, Consolidados 31 de diciembre de 2019 y 2018, expresados en miles de dólares de los Estados Unidos de América, que señaló textualmente:

Clase de Proceso: Juicio Sumario Mercantil de Reclamación y Liquidación de Daños y Perjuicios.

Demandante: Sociedad Ingeniero José Antonio Salaverría y Compañía de C.V. (en adelante IJASAL). Referencia: 34-SM-09.

Demandado: Banco HSBC Salvadoreño S.A. (Hoy Banco Davivienda Salvadoreño S.A.)

Monto demandado: \$ 22, 727.8

Causales de la demanda: Presuntos incumplimientos de un contrato suscrito entre las partes, respecto del cual demandan daño emergente y lucro cesante, como efecto directo e inmediato de los presuntos actos realizados por el Banco.

Estado Actual: Proceso con sentencias favorables al Banco en primera y segunda instancia. El 13 de junio de 2019 la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia notifica sentencia de casación desfavorable al Banco condenándolo a pagar indemnización por daños y perjuicios por la suma de \$49,314.3. En fecha 30 de julio de 2019, el Banco presentó una demanda de amparo en contra de dicha decisión ante la Sala de lo Constitucional, acompañada de una solicitud de medida cautelar tendiente a evitar la ejecución de la sentencia condenatoria. Lo anterior, por considerar que se le han violado derechos constitucionales. En noviembre de 2019, fueron inmovilizados activos financieros del Banco por orden judicial por un monto de \$65,751.6. *A la fecha de los estados financieros, se está en espera de la decisión de la Sala de lo Constitucional².*

Se advierte entonces, que lo afirmado en el número 5, de la nota 18, del informe y estados financieros consolidados intermedios (no auditados) de los años 2019-2020, de fecha 23 de julio de 2020, y en contraste con lo expuesto en el informe del año anterior, no es coincidente con la verdad, muy probablemente a fin de evitar inevitables reclamos de los accionistas del Banco, mantener su reputación empresarial, etc.; pero también busca minimizar las posibilidades de IJASAL de poder hacerse del resarcimiento por el monto total que le corresponde³.

Adicionalmente con lo anterior, se afecta gravemente la sana transparencia de las instituciones bancarias hacia sus propios accionistas, clientes, inversionistas y, a la sociedad en general, cuyo respeto requiere el cumplimiento de un marco ético y veraz en el que se desenvuelvan las operaciones financieras y comerciales. *Se trata*

² El resaltado nos pertenece, y el texto puede encontrarse en la Página 41 de las Notas a los Estados Financieros consolidados 31 de diciembre de 2019 y 2018 del Banco Davivienda Salvadoreño, S.A. y Subsidiaria.

³ Esta es la idea que subyace, al parecer, en la asesoría legal que se le brinda al Banco, según se establece en la referida Página 41, y en la que se afirma: “En los procesos 5 y 6 antes relacionados y a esta fecha, los asesores legales del Banco consideran que las pretensiones de la demandante no gozan de la fuerza necesaria para lograr una resolución que afecte materialmente al Banco”.

de un delito de naturaleza socio-económica que se materializa en una falsedad ideológica.

IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA IMPUTACIÓN

A. Normativa financiera que impone el deber de Transparencia de los Estados Financieros.

La persecución y juzgamiento de este tipo de conductas que acontecen en el ámbito societario resulta imperativa, pues se debe salvaguardar la transparencia de las transacciones y operaciones mercantiles que se realizan mediante las sociedades mercantiles, a efecto de generar una confianza en el mercado financiero, y de quienes se relacionan dentro de ella. Esto se ve menoscabado cuando se brinda en los estados financieros u otro tipo de documentación relevante información incompleta, confusa, temeraria o falsa.

Así, las normas bursátiles exigen que los Bancos publiquen sus estados financieros, los cuáles deben contar con un dictamen o un informe de auditoría según el caso. El propósito de ese informe o dictamen es la validación de los estados financieros y sus notas preparadas por la administración, reflejen razonablemente la situación financiera del Banco y que no contengan errores importantes o detectables.

La finalidad de esta publicación, con la validación de un tercero independiente, es proteger la solidez de los Bancos, para que los participantes del mercado de valores tomen sus decisiones de inversión o venta de acciones, certificados de inversión, bonos, y cualquier otro título que el Banco como emisor coloca en la Bolsa de Valores. Esto no es de menor importancia, ya que esas decisiones de inversión y venta, por el juego de la oferta y la demanda, se determina el precio de las acciones de los Bancos y de los demás títulos cotizables en bolsa que el Banco emite.

Por lo anterior, los participantes del mercado deben estar ***debidamente informados de la posición financiera del Banco para tomar sus decisiones de inversión y venta de títulos***, pues un Banco con una situación financiera en riesgo, o un Banco que no es exacto en sus afirmaciones al publicar sus estados financieros, pierde la confianza y no es digno de credibilidad alguna, y así mismo, es objeto de sanciones bursátiles en la bolsa, que pueden incluir desde multas administrativas hasta la cancelación de su derecho de cotización.

De esa forma, si un Banco no publica adecuadamente sus estados financieros, escondiendo pérdidas o realizando afirmaciones inexactas, temerarias o falsas, puede perder toda credibilidad y desinversión del mercado.

Así, en El Salvador, el Art. 140 de la Ley de Bancos establece: "La Superintendencia, con base en normas internacionales de contabilidad emitidas por entidades reconocidas internacionalmente, dictará las normas que deberán observarse para la elaboración y publicación de estados financieros consolidados e individuales de la sociedad controladora, sin perjuicio de los estados financieros individuales que deban elaborar y publicar cada una de las sociedades miembros, según lo dispongan las leyes u organismos supervisores correspondientes".

A tales efectos, el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, dictó en el año 2000, las **Normas para la Elaboración de Estados Financieros de Bancos** (NCB-17), que establece en su Nota 30 lo siguiente:

"En el caso de existir litigios judiciales y administrativos pendientes, de significativa materialidad, ya sean a favor o en contra de la entidad, *deberán mencionarse y cuantificar su efecto, según lo requieran las Normas Internacionales de Contabilidad*" (las cursivas son nuestras).

De igual forma, en **las Normas para la Publicación de los Estados Financieros de los Bancos** (NCB-18), emitidas también en el año 2000, por parte del Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, se establece en su Nota 24:

"En el caso de existir litigios judiciales y administrativos pendientes, de significativa materialidad, ya sean a favor o en contra de algunas de las entidades consolidadas, *deberán mencionarse y cuantificar su efecto*, según lo requieran las Normas Internacionales de Contabilidad".

La misma nota 24 aclara: "Se consideran litigios las controversias legales o en contra de la entidad, planteadas ante un juez para conocer de la causa, así como los procedimientos que se ventilan en la Superintendencia en contra de las entidades que esta supervisa".

Esa mención y cuantificación a la que hacen referencia las normas administrativas citadas, así como el Art. 140 de la Ley de Bancos *deben estar totalmente apegada a la realidad*. Así lo establece el art. 443 del Código de Comercio que establece: "Todo balance general debe expresarse con veracidad y con la exactitud compatible con sus finalidades, la situación financiera del negocio en la fecha en que se refiera".

Esto no ha acontecido en el presente caso porque el referido balance general de 30 de junio de 2020 y 2019:

- a) no se afirma de forma clara, y tal como lo señala una sentencia judicial, el monto verdadero que el Banco debe pagar a IJASAL, y
- b) da por supuesto que el proceso de ejecución de la sentencia de la Sala de lo Civil, será detenido y, por ende, el cobro de los daños y perjuicios no será posible. Ultima aseveración que es verdaderamente temeraria y que no depende absolutamente de las partes en litigio. *Se tratan de manifestaciones escritas que no coinciden con*

la realidad y que además podrían generar desconfianza en la imparcialidad y legalidad de la administración de justicia.

B. La imputación por falsedad ideológica

Nos encontramos en presencia de un delito de falsedad ideológica con clara incidencia en el ámbito societario. Así, *el Art. 284 del Código Penal, establece como falsedad ideológica, la conducta típica de insertar o hacer insertar declaración falsa de un hecho que el documento debiere probar. Señalando en su inciso segundo que si ella se realiza en un documento privado, será castigada con pena de prisión, si el agente actuare con un ánimo de causar perjuicio a un tercero.*

Este documento se entiende como un documento privado a tenor del Art. 332 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Conforme lo establece la doctrina, la falsedad ideológica existe cuando un documento no es veraz en su contenido, aunque sea genuino. En otras palabras: "La no veracidad se produce, por el contrario, cuando siendo el documento genuino, puesto que proviene de su autor y revista la forma jurídicamente exigida por el ordenamiento jurídico, contiene, sin embargo, manifestaciones de voluntad, declaraciones o afirmaciones que no se corresponden con la realidad. Se trata de falsedades que únicamente pueden ser aprehendidas por el entendimiento⁴"

Como la punición del inciso segundo del Art. 284 del Código Penal, se relaciona con lo expuesto en el inciso primero del referido precepto, quedan comprendidos dentro del comportamiento punibles cuando se da "constancia fehaciente de un hecho no verídico, como *omitiendo datos de relevancia jurídica y cuya manifestación son de*

⁴ JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG, Delitos relativos a la fe pública en el Código Penal Salvadoreño, 1999, San Salvador, P. 15.

obligado cumplimiento" lo cual acontece cuando existen graves inexactitudes en cuanto a lo que el informe financiero intermedio debería demostrar⁵. Y más aún, el Código Penal comentado de El Salvador al tocar el tema de la falsedad ideológica, sus autores sostienen que también queda comprendida como comportamientos típicos "cuando se narren hechos no ocurridos realmente o *se relacionen de modo distorsionado o porque se omitan hechos que cambien de significado los declarados*, siendo indiferente que tales hechos sean naturales o hayan sido realizados por seres humanos"⁶.

Esta última hipótesis de la norma penal se cumple, cuando el Banco afirma en sus notas que "una vez se admita la demanda (...) el trámite de ejecución será detenido", está realizando una afirmación categórica de un acontecimiento y su consecuencia que ocurriría en el futuro, pero que la forma en que se redactan, primero, da por cierto que ocurrirá (una vez se admita) y segundo, da por cierto su resultado (será detenido).

La Gramática de la Lengua Española incluso usa el ejemplo en forma explícita: "el futuro se manifiesta lo que ha de ser, lo que se ha de hacer, lo que ha de suceder en adelante, como: será, escribirá, lloverá". La conjugación verbal utilizada es definida por la Gramática de la Real Academia como futuro simple del indicativo del verbo "ser", eso significa, como su nombre lo indica, que se trata de una conjugación verbal que indica en el futuro, algo será. Ser, en su acepción más simple, es existir, y cuando se utiliza con un participio pasivo, significa semánticamente que esa existencia se comunica filológicamente hacia dicho participio, en este caso el verbo "detener". Por lo tanto, "será detenido" significa que en el futuro, el objeto a lo que se refiere existirá en condición de "detenido".

⁵ MERCEDES GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Valencia, 1997, P. 117.

⁶ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, Código Penal Comentado, Tomo 2, San Salvador, P. 945.

Esta ideografía filológica descrita por la gramática castellana, es la que se reproduce idealmente en la mente del lector, construyendo una figura que ocurrirá en el futuro, como un hecho cierto y sin ninguna duda, ubicado en un punto del futuro en el tiempo. Esta diferenciación semántica es de vital importancia en la comunicación de ideas regladas y normadas por la legislación y normativa especializada, especialmente cuando el cambio semántico, *al cual se le quiere dar la apariencia sutil, produce marcadas diferencias en el significado ideológico de una frase, lo cual desemboca en el cambio de conducta del interlocutor o receptor al que va dirigido el mensaje, en este caso, el público ahorrante, el público usuario de los servicios financieros, los participantes del mercado bursátil.*

Por último, es claro que el castigo penal se sujeta a que se actúe con ánimo de causar perjuicio a tercero, lo cual constituye un elemento subjetivo del injusto que no requiere un perjuicio concreto y actual, si no que basta que se realice con miras de un perjuicio potencial; por ejemplo, como acontece en el presente caso con la cantidad monetaria que debe ser desembolsada a la Sociedad IJASAL por orden de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

C. Dato ilustrativo adicional: el Derecho comparado.

Únicamente para efectos ilustrativos, conviene enfatizar que la conducta atribuida a la Junta Directiva del Banco Davivienda Salvadoreño S.A, se encuentra tipificada en otros países como un delito societario. Así, por ejemplo, el Código Penal español, en su Art. 290 establece:

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a dos meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”.

La doctrina española, ha señalado que este tipo de delitos, pretenden garantizar a los ciudadanos, por un lado, la transparencia institucional de estas formas de participación en el mercado, fomentando así que aquéllos, dinamicen la vida económica invirtiendo en sociedades mercantiles (y demás instituciones asimiladas) y formalizando con ellas negocios jurídicos. Pero por otro lado, se busca garantizar la lealtad interna de las sociedades mercantiles (y entidades asimiladas) respecto a sus propios socios, a fin de que los ciudadanos inviertan en estas instituciones de confianza, y que en su funcionamiento regular, sus intereses no van a ser manipulados en beneficio de terceros; por último, se busca salvaguardar el correcto funcionamiento de los sistemas públicos de control y supervisión de las entidades que actúan en los mercados⁷.

V. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA COMISIÓN DEL DELITO ATRIBUIDO

Atribuimos la conducta de Falsedad Ideológica cometida en Comisión por Omisión a la Junta Directiva del Banco Davivienda Salvadoreño S.A., que firmó el informe y estados financieros consolidados intermedios (no auditados) 30 de junio de 2020 y 2019, y ellos son: Gerardo José Simán Siri (Presidente), Moisés Castro Maceda (Vicepresidente), María Eugenia Brizuela de Ávila (Primer Director), Freddie Moisés Frech Hasbún (Secretario) y Ashali Julieta Baños (Contador General), todos ellos mayores de edad y demás generales desconocidas. Al efecto, sustentamos la autoría (en comisión por omisión) de los anteriores directivos, conforme a las siguientes consideraciones:

⁷ CARMEN LAMARCA PÉREZ ET AL, Derecho Penal, Parte Especial, Madrid, 2011, P. 403.

Es autor quien realice la conducta descrita en el inciso primero, y que se relaciona por la naturaleza del documento con el inciso segundo del Art. 284 del Código Penal, es decir "insertar" o "hiciere insertar" una declaración falsa sobre un hecho que el documento debiere probar. En el presente caso, el documento se constituye en los Estados Financieros consolidados intermedios (no auditados) al 30 de junio de 2020 y 2019. En el mismo, aparecen datos inexactos y aseveraciones temerarias acerca del monto judicialmente establecido a pagar a la Sociedad IJASAL.

El documento en mención, puede constituirse en un objeto idóneo para la comisión del delito de falsedad documental, y puede ser objeto válido de una falsedad ideológica, en la medida que cumple las tres funciones que éste debe ostentar para tener relevancia penal:

- a) Se constituye en un soporte material susceptible de incorporar algún dato, hecho o narración, que es lo que le da al documento su cualidad de perpetuidad o posibilidad de retener lo que en él se materializa por un tiempo relevante;
- b) Debe atribuirse a una determinada persona, cumpliendo en este caso la función de garantía; y
- c) Debe tener eficacia probatoria o algún tipo de relevancia jurídica⁸.

En el presente caso, ***las tres se cumplen en el estado financiero en examen y que fue remitido en su oportunidad a la Superintendencia del Sistema Financiero como Ente fiscalizador de las instituciones bancarias.***

A efectos de la autoría en el presente delito, ésta no recae únicamente en quien inserta la declaración en el documento, *sino en aquel que la hiciera insertar en el*

⁸ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, Valencia, 1999, PP. 691-693.

mismo. Así, resulta posible la determinación de responsabilidad penal en comisión por omisión. En otras palabras, si bien, nos encontramos ante un delito que puede ser cometido por cualquier persona, también puede ser cometido por quienes están obligados a constatar la veracidad de la información y no lo hacen. Así, la autoría en estos delitos no únicamente debe comprender a quien recopiló diversos datos para el informe, sino en aquellos (como en el caso de la Junta Directiva) que tenían un deber legal de actuar con transparencia en su elaboración y publicación (dominio social del hecho). Por ende, es un delito que puede ser cometido por quienes ostentan una posición de garantía dentro de una sociedad mercantil (Art. 20 del Código Penal)

Así, el Art. 20 del Código Penal establece:

Art. 20.- El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado.

El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento procedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado (el resultado es nuestro).

En este sentido, la doctrina penal es clara, que las posiciones de garante provienen, en primer lugar de la *ley*. Por ende, en el ámbito financiero, que es un espacio sumamente regulado por el Estado, existen ciertas obligaciones que se imponen a juntas directivas, gerentes y administradores de una persona jurídica. Se trata, de específicas obligaciones jurídicas provenientes de la normativa

extrapenal⁹. Sobre todo, con relación a la transparencia que debe regir con relación a los accionistas y demás personas que actúan como clientes o inversores.

Al efecto, el artículo 201 de la Ley de Bancos establece claramente esta posición de garante que tiene la junta directiva en estos casos: "Los directores, administradores, funcionarios y empleados de los bancos que contravengan las disposiciones de las leyes, reglamentos y normas internas aplicables o que intencionalmente, *por actos u omisiones, causen perjuicios a la institución o a terceros, incurrirán en responsabilidad por los daños y perjuicios que hubieren ocasionado*". (El resaltado nos pertenece).

De igual forma, el inciso quinto del Artículo 224 de la misma normativa extrapenal señala: "El balance general y el estado de pérdidas y ganancias, así como los balances de situación y liquidaciones provisionales de cuentas de resultado, deberán ser firmados por los miembros de la Junta Directiva y por el gerente general o director ejecutivo, *quienes serán responsables de que dichos estados financieros reflejen la real situación de liquidez y solvencia de la entidad bajo su administración*" (las cursivas nos pertenece).

Siendo más específicos con el fundamento de la posición de garantía, respecto a los miembros de la Junta Directiva, es de resaltar lo que establece el inciso último del Art. 225 de la Ley de Bancos: "El informe de que trata el inciso anterior deberá ser firmado por los miembros de la Junta Directiva y por el gerente general o director ejecutivo del banco correspondiente, *quienes serán responsables de la veracidad de la información contenida en el documento*" (las cursivas nos pertenecen).

⁹ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados, Madrid, 2008, P. 75

Por último, conviene señalar lo establecido en el romano XXVIII del Pacto Social del Banco Davivienda Salvadoreño acerca de las obligaciones de la Junta Directiva: 24) Velar por la integridad y actualización de los sistemas contables y de información financiera.

En suma, ellos – los miembros de la Junta Directiva citados - son los que han infringido la normativa extrapenal *que los obliga a brindar información correcta y fidedigna acerca de las obligaciones judiciales de pago a las que se encuentra obligada la sociedad Banco Davivienda Salvadoreño, S.A.*

Conviene tener presente que en El Salvador, impera todavía la imposibilidad de poder responsabilizar penalmente a una persona jurídica, por ende, debe individualizarse la responsabilidad criminal de quienes participaron dentro de la estructura empresarial en la comisión del hecho. En este sentido, se toma en cuenta lo que establece el inciso último del Artículo 80 del Código Procesal Penal: "Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible".

Lo anterior no inhibe que al discutir la responsabilidad civil por la imputación contenida en la denuncia, lo cual se hará en su oportunidad, no pueda aplicarse la norma comprendida en el inciso último del Art. 38 del Código Penal: "En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial". Todo ello relacionado con el Art. 121 del Código Penal.

VI. PRUEBA DOCUMENTAL QUE SE OFRECE Y AGREGA A LA DENUNCIA

- 1) Copia simple de la sentencia y de su ejecutoria emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia emitidas los días 5 de junio y 13 de septiembre del año 2019.

- 2) Copia simple del informe y Estados Financieros Consolidados Intermedios (no auditados) 30 de junio de 2020 y 2019. (De éste se solicita que se pida a la Superintendencia del Sistema Financiero certificación del original presentado por el Banco Davivienda Salvadoreño, S.A.).
- 3) Copia simple de normas para la elaboración de estados financieros de Bancos emitidas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero.
- 4) Copia simple de las normas para la publicación de los estados financieros de los Bancos emitidas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero.
- 5) Copia simple del estado financiero consolidado, junto con sus respectivas notas, de 31 de diciembre de 2019 y 2018 del Banco Davivienda Salvadoreño, S. A. y Subsidiaria (la certificación de este informe puede ser solicitada a la Superintendencia del Sistema Financiero)
- 6) Edición original de fecha 31 de julio de 2020 en periódico La Prensa Gráfica paginas 41-43, donde se hace del dominio público los hechos denunciados.

VII. SOLICITUD DE ACTOS DE INVESTIGACIÓN

- 1) De conformidad con lo establecido en los Arts. 75, 77 y 270 del Código Procesal Penal, que habilitan a la Fiscalía General de la República a realizar actos de investigación al tener conocimiento de un presunto hecho delictivo¹⁰. Se solicita que se requiera informe a la Superintendencia del Sistema Financiero y la remisión

¹⁰ El Artículo 77 del Código Procesal Penal establece: “En el ejercicio de sus funciones, los fiscales tendrán el poder de solicitar informaciones, requerir la colaboración de los funcionarios públicos, autoridades o personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, quienes tendrán la obligación de prestar la colaboración y expedir la información que se les solicite sin demora alguna, cuando sea procedente”.

del informe y Estados Financieros Consolidados Intermedios (no auditados) 30 de junio de 2020 y 2019 a fin de comprobar lo expuesto en la presente denuncia.

- 2) Se entrevistó a la licenciada Ángela Osorio de Argueta, quien se encargó, como auditora externa, de elaborar el estado financiero consolidado intermedio (no auditado) 30 de junio de 2020 y 2019. Ella es socia de la firma Auditores y Consultores de Negocios, S.A. de C.V., cuya dirección en Calle 1, N° 113, entre Calle La Mascota y Calle Loma Linda, Colonia San Benito, San Salvador.
- 3) Se entrevistó a los miembros de la Junta Directiva del Banco Davivienda Salvadoreño, S. A., compuesta por los señores Gerardo José Simán Siri (Presidente), Moisés Castro Maceda (Vicepresidente de la Junta Directiva), Freddie Moisés Frech Hasbún (Secretario), María Eugenia Brizuela de Ávila (Primer Director) y Ashali Julieta Baños (contador general), así como al representante legal del Banco en mención. Ellos pueden ser citados en el Centro Financiero ubicado en la Alameda Dr. Manuel Enrique Araujo, N° 3550, de la Ciudad de San Salvador, Departamento de San Salvador.
- 4) Se realice secuestro de los libros de acta de Junta Directiva del año 2020 a fin de corroborar la veracidad de los hechos denunciados; tal diligencia puede realizarse en Centro Financiero ubicado en la Alameda Dr. Manuel Enrique Araujo, N° 3550, de la Ciudad de San Salvador, Departamento de San Salvador.

VIII. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA Y MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN PROVISIONAL.

Tal y como ha sido establecido en diferentes convenios internacionales en Derechos humanos, así como por la jurisprudencia establecida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la que se establece que la detención, y en

particular la detención provisional, constituye la medida más gravosa para la libertad personal.

Mas sin embargo, se solicita al Señor Fiscal General de la Republica, que justiprecie el daño socio económico que genera este delito en la sociedad salvadoreña, el perjuicio en la credibilidad financiera y el agravio a la imagen de la legalidad, credibilidad e imparcialidad en la Administración Justicia al temerariamente “profetizar” resoluciones y efectos legales favorables a sus intereses de resoluciones no pronunciadas de la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a fin de valorar la procedencia de la medida cautelar de la detención con relación a los indiciados.

Los denunciados pueden ser citados en la dirección más adelante relacionada, a fin que comparezcan a las diligencias que la investigación penal estime pertinente.

IX. LA NECESIDAD DE FIJAR UN PRECEDENTE EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE NATURALEZA SOCIO-ECONÓMICA.

De acuerdo con los numerales 3 y 4 del Art. 193 de la Constitución de la República, se constituyen como obligaciones constitucionales del Fiscal General de la República: (a) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley; y (b) promover la acción penal de oficio o a petición de parte. Esto es desarrollado en los Arts. 5 y 74 del Código Procesal Penal vigente, estableciendo la primera disposición: “Corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación del delito y promover la acción penal; la que ejercerá de manera exclusiva en los casos de los delitos de acción penal pública”. En igual sentido la segunda, cuando en similares términos, establece: “Corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales

correspondientes". En igual sentido, el Art. 75 del referido cuerpo normativo establece dentro de sus potestades el dirigir y controlar las actividades de investigación que desarrolle la policía y otras instituciones que colaboren en esa etapa procesal.

Estas potestades, y obligaciones constitucionales del fiscal, también han sido confirmadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como lo expuso en la Sentencia de 23 de diciembre de 2010 (Proceso de Inconstitucionalidad 5-2001, acumulado) cuando afirmó: "El rol penal que nuestra Constitución prescribe al Fiscal General de la República implica ejercer –entre otras– las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y la acción penal, así como dirigir la investigación del delito (ordinales. 3° y 4° del Art. 193 Cn.). Estas atribuciones, que son complementarias entre sí, se encuentran supeditadas al cumplimiento de los principios de legalidad –la sujeción a la Constitución y a las leyes– y de imparcialidad –la actuación con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados–".

De forma adicional, dicha sentencia relaciona un precedente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia del día uno de marzo de 2005) que estipula que el deber estatal de investigación debe realizarse con la "debida diligencia" y con "todos los medios disponibles".

Esto es valedero en el caso que exponemos, debido a la trascendencia socio-económica que posee las inexactitudes, omisiones y afirmaciones temerarias en documentos financieros que pueden tener implicaciones que no afectan únicamente a personas naturales o jurídicas que puedan verse afectadas, como acontece en el presente caso con IJASAL, sino también, a quienes se desenvuelven en la vida económica del país.

Por ello, y como apunta la doctrina, la persecución de este tipo de delitos busca tutelar al individuo en sus posiciones concretas de trabajador, consumidor, ahorrador, acreedor e inversor. E igualmente, proteger las reglas del comportamiento de los agentes económicos en el mercado establecido por diferentes normativas sectoriales y como los bienes y derechos específicos de la participación de los individuos como agentes de la vida económica¹¹. Es por tales razones, que se vuelve preceptivo para la Fiscalía General de la República, darle el trámite procedimental oportuno a hechos como los contenidos en la presente denuncia, a fin de establecer un importante precedente en el combate de los denominados delitos "empresariales".

Se trata de un delito de persecución penal pública, en el que esta denuncia, esboza elementos que deberán ser cotejados y completados en la investigación inicial que debe llevar a cabo la Fiscalía General de la República.

X. PETITORIO

Por lo anteriormente expuesto, y con el debido respeto, **PEDIMOS:**

- 1) Se nos admita el presente escrito y se nos tenga por parte en el carácter en que comparecemos;
- 2) Tenga por interpuesta la presente denuncia en los términos antes expuestos, en contra de la actual Junta Directiva del Banco Davivienda Salvadoreño, S. A., compuesta por los señores Gerardo José Simán Siri (Presidente), Moisés Castro Maceda (Vicepresidente de la Junta Directiva), Freddie Moisés Frech Hasbún (Secretario), María Eugenia Brizuela de Ávila (Primer Director) y Ashali Julieta Baños (contador general), mayores de edad y demás generales ignoradas, por el

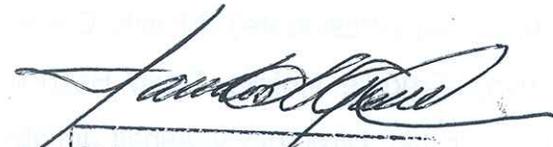
¹¹ LUIS ARROYO ZAPATERO, Derecho Penal Económico y Constitución, Madrid, 2001. P. 2

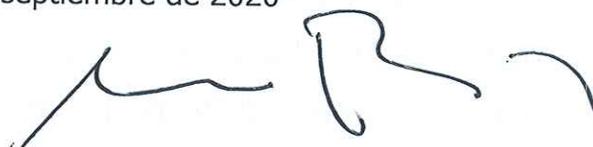
delito de falsedad ideológica en documento privado cometido en comisión por omisión (Art. 284 incisos primero y segundo relacionado con el Art. 20 del Código Penal), en perjuicio de la sociedad IJASAL y el orden socio-económico en general. Y en contra del BANCO DAVIVIENDA SALVADOREÑO, S.A. en su calidad de civilmente responsable, conforme las reglas que establece el Art. 38 inciso segundo y el Art. 121 numeral 2° del Código Penal, representado por el señor Gerardo José Simán Siri, en su calidad de presidente ejecutivo del Banco. Ellos pueden ser citados en la Centro Financiero ubicado en la Alameda Dr. Manuel Enrique Araujo N° 3550 de San Salvador;

- 3) Se realicen los actos de investigación que resulten oportunos a la naturaleza, y se presente requerimiento fiscal en contra de los referidos indiciados ante la jurisdicción penal por el delito que se denuncia;
- 4) Se le dé cumplimiento a lo señalado en el numeral 6 del Art. 294 del Código Procesal Penal dentro del contenido del requerimiento¹²;
- 5) Se nos notifique cualquier diligencia o decisión que adopte la Fiscalía General de República con relación al trámite de la presente denuncia.

Señalamos para recibir citaciones y notificaciones la siguiente dirección: 7ª calle poniente Bis. Número 5122 colonia Escalón, San Salvador, Departamento de San Salvador y telefax: 2264-8420.

San Salvador, 23 de septiembre de 2020


DR. SALVADOR NELSON GARCIA CORDOVA
A B O G A D O


Lic. LUIS MARIO PEREZ BENNETT
A B O G A D O

¹² Art. 294 6) del Código Procesal Penal: "En los casos de falsedad documental, la petición para que en el momento oportuno se declare la falsedad del documento y si corresponde la cancelación de la inscripción del mismo; en tal caso deberá indicar los eventuales perjudicados para que sean emplazados como demandados civiles".