

Quito, D.M., 22 de septiembre de 2021

CASO No. 24-18-IN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional analiza la Disposición Reformatoria Segunda, numeral 12, de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, por medio de la cual se añadieron las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del Código Orgánico Monetario y Financiero; y, los artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4 y 6 de la Resolución No. SB-2017-296 de la Superintendencia de Bancos para la aplicación de dichas disposiciones transitorias. Luego del análisis correspondiente, la Corte resuelve aceptar la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta al encontrar que las normas son contrarias a los derechos a la libertad de contratación y a la propiedad.

I. Antecedentes

1. El 07 de junio de 2018, Juan Pablo Egas Sosa presentó una acción pública de inconstitucionalidad, por la forma y por el fondo, respecto de las siguientes normas: la Disposición Reformatoria Segunda, numeral 12, de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores (**LORDB**), por medio de la cual se añadieron las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del Código Orgánico Monetario y Financiero (**COMF**); y los artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4 y 6 de la Resolución No. SB-2017-296, Norma para la Aplicación de las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera, Cuadragésima Cuarta y Cuadragésima Quinta del COMF, agregadas por la LORDB.
2. El 20 de marzo de 2019, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador admitió a trámite la demanda únicamente por el fondo. Respecto a las alegaciones por la forma, estas fueron rechazadas por extemporáneas. El auto dispuso correr traslado a la Asamblea Nacional del Ecuador, a la Presidencia de la República y a la Superintendencia de Bancos como órganos emisores de las disposiciones demandadas y solicitó a la Superintendencia de Bancos que remita el expediente con los informes y demás documentos que dieron origen a la Resolución impugnada. Finalmente, solicitó que se ponga en conocimiento del público la existencia del proceso.

3. El 20 de febrero de 2019 se sorteó la causa y correspondió su sustanciación a la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo, quien avocó conocimiento el 05 de julio de 2021, ordenó correr traslado a las partes procesales y convocó a audiencia pública para el día 16 de julio de 2021¹.
4. Dentro de la presente causa se presentaron diversos *amici curiae* de las siguientes entidades financieras: Leonardo Guillermo Burneo Muller, en calidad de gerente general del Banco de Loja (29 de julio de 2021); Marco Antonio Rodríguez Proaño, en calidad de vicepresidente ejecutivo de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador (ASOBANCA) (30 de julio de 2021); Pablo Fidel Egas Salazar, en calidad de presidente ejecutivo y representante legal del Banco Diners Club del Ecuador S.A. (30 de julio de 2021); José Francisco Paredes Durán Ballén, en calidad de gerente general y representante legal del Banco General Rumiñahui S.A (30 de julio de 2021); Rómulo Jarislov Gallegos Torres, en calidad de presidente encargado de la Asociación de Empleados del Banco Diners Club del Ecuador S.A. (30 de julio de 2021); Carlos Loaiza Monteros, en calidad de presidente de la Cámara de Comercio de Quito (04 de agosto de 2021) y Bernardita del Carmen Salazar, en calidad de presidenta de la asociación de empleados del Banco Pichincha (11 de agosto de 2021).

II. Competencia

5. La Corte Constitucional del Ecuador es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado, de conformidad con el numeral 2, artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador (**CRE**), en concordancia con los artículos 74 al 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (**LOGJCC**).

III. Normas respecto de las cuales se demanda la inconstitucionalidad

6. Disposición Reformatoria Segunda, numeral 12, de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores que añade las **Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta** al Código Orgánico Monetario y Financiero. Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 986 de 18 de abril de 2017:

Disposición Reformatoria, Segunda.- En el Código Orgánico Monetario Financiero, efectúense las siguientes reformas:

¹ A la audiencia pública telemática comparecieron: (i) Juan Pablo Egas Sosa, a través de sus abogados patrocinadores, (ii) Jaime Muñoz Arauz y Mario Aníbal Borbua Gallardo, en representación de la Asamblea Nacional del Ecuador, (iii) Joaquín Ponce Díaz e Iván Izquierdo Izquierdo, en representación de la Presidencia de la República, y (iv) Marcelo Gustavo Blanco Dávila y Wilson Guevara Pazmiño, en representación de la Superintendencia de Bancos. De la razón de audiencia pública que consta a foja 103 del expediente constitucional se evidencia que la Procuraduría General del Estado no compareció a la diligencia.

12. A continuación de la Disposición Transitoria Cuadragésimo Segunda, añádanse las siguientes:

CUADRAGÉSIMA TERCERA.- En el plazo de treinta (30) días contados a partir de la vigencia de esta transitoria, los constituyentes de los fideicomisos creados para dar cumplimiento con las desinversiones ordenadas en las Disposiciones Transitorias Vigésima Quinta y Vigésima Sexta de este Código deberán reformar dichos contratos de fideicomiso de conformidad con las instrucciones que expida la Superintendencia de Bancos mediante la correspondiente norma de control, la cual deberá considerar de forma obligatoria la facultad para que dicha Superintendencia pueda disponer al fiduciario la venta de las acciones aportadas al fideicomiso, bajo cualquier modalidad, en el plazo y condiciones que ésta determine. La enajenación de las acciones deberá cumplir de forma obligatoria con las formalidades legales y otras que se expresen en el respectivo contrato de fideicomiso.

El incumplimiento de lo dispuesto en el inciso precedente dará lugar a que la Superintendencia de Bancos disponga al constituyente la terminación inmediata del respectivo contrato de fideicomiso, y la enajenación en pública subasta de las acciones aportadas al patrimonio de dicho fideicomiso.

CUADRAGÉSIMA CUARTA.- Sin perjuicio de la prohibición contenida en el numeral 4 del artículo 399 de este Código, la Superintendencia de Bancos podrá aprobar la conversión de las sociedades financieras que tengan entre sus accionistas a personas con propiedad patrimonial con influencia, y que a su vez, posean acciones de la misma calidad en un banco, siempre que en el mismo acto administrativo se disponga que en el plazo de treinta (30) días contados a partir de la conversión, los accionistas constituyan un fideicomiso aportando las acciones que tengan en ambas entidades, cuyo objeto será la enajenación de las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero, de conformidad con las instrucciones que expida la Superintendencia de Bancos mediante la correspondiente norma de control, la cual deberá considerar de forma obligatoria la facultad para que dicha Superintendencia pueda disponer al fiduciario la venta de las acciones aportadas al fideicomiso, bajo cualquier modalidad, en el plazo y condiciones que ésta determine. La enajenación de las acciones deberá cumplir de forma obligatoria con las formalidades y otras que se expresen en el respectivo contrato de fideicomiso.

En el caso de que no se constituya el fideicomiso señalado en el inciso precedente, o que una vez constituido no se cumplan con las instrucciones del fideicomiso en concordancia con la norma expedida por la Superintendencia de Bancos, dicho organismo de control enajenará en pública subasta las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero.

7. Norma para la Aplicación de las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera, Cuadragésima Cuarta y Cuadragésima Quinta del COMF, **artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4 y 6, dada por “Resolución No. SB-2017-296”** de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial No. 1001 de 10 de mayo de 2017:

ARTÍCULO 1.- La entidad financiera o los accionistas con propiedad patrimonial con influencia que con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones transitorias vigésimo quinta y vigésimo sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero hayan constituido fideicomisos mercantiles, deberán ajustar dicho contrato dentro del plazo establecido en la disposición transitoria cuadragésima tercera del Código Orgánico Monetario y

Financiero y a los lineamientos expuestos en la presente resolución, cuyo único objeto será la venta de las acciones con el fin de lograr la desinversión prevista en la Ley.

ARTÍCULO 2.- La Superintendencia de Bancos podrá aprobar la conversión de las sociedades financieras que tengan entre sus accionistas a personas con propiedad patrimonial con influencia, y que a su vez posean acciones de la misma calidad en un banco, para lo cual, los accionistas deberán constituir, en el plazo de treinta (30) días contados desde la conversión, un fideicomiso aportando las acciones que tengan en ambas entidades, cuyo objeto será la enajenación de las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero.

ARTÍCULO 4.- Los fideicomisos que se constituyan o reformen en cumplimiento a la presente resolución, adicionalmente a los requerimientos específicos establecidos en los artículos precedentes, contendrán como mínimo las siguientes condiciones generales:

(...)

3. La facultad de la Superintendencia de Bancos para gestionar, directamente y sin necesidad de la aceptación de persona alguna, la enajenación de las acciones para cumplir con el objeto del fideicomiso.

4. La facultad del constituyente y/o la Superintendencia de Bancos de instruir a la fiduciaria, sin necesidad de autorización de la otra parte y cumpliendo las formalidades legales y otras que se expresen en el contrato, a quién enajenar o transferir los derechos fideicomitidos. El comprador deberá ser calificado previamente por el organismo de control.

6. La obligación de las partes contratantes, constituyentes y administradoras de cumplir con las disposiciones que emita la Superintendencia de Bancos respecto del funcionamiento y gestión de los fideicomisos, durante su vigencia.

IV. Pretensión y fundamentos

4.1. Demanda de acción pública de inconstitucionalidad

- 8.** El accionante aduce que, por el fondo, las normas demandadas son contrarias a los derechos a la libertad de contratación (art. 66. 16 CRE) y a la propiedad (art. 66. 26 CRE).
- 9.** En relación al **derecho a la libertad de contratación** señala que las normas demandadas obligan a las entidades financieras y a sus accionistas con propiedad patrimonial con influencia a suscribir contratos de fideicomiso o reformar los ya existentes.
- 10.** Asimismo, asegura que las normas demandadas facultan a la Superintendencia de Bancos a: **(i)** introducir cláusulas para disponer la venta de acciones; **(ii)** elegir el comprador y determinar la modalidad, plazo y condiciones de la venta; **(iii)** disponer a la fiduciaria la venta de acciones aportadas al fideicomiso por los constituyentes directamente y sin la necesidad de aceptación de persona alguna y **(iv)** determinar a quien enajenar las acciones aportadas al fideicomiso. De este modo, afirma que la Superintendencia de Bancos tiene la facultad para determinar elementos esenciales del contrato sin la intervención de la voluntad de los constituyentes.

11. En cuanto al *derecho a la propiedad privada*, manifiesta que las personas que constituyeron fideicomisos para dar cumplimiento a las obligaciones de desinversión, aportaron las acciones para su posterior enajenación bajo un marco normativo determinado, reservándose la facultad para disponer la venta de las acciones, elegir al comprador y configurar el contenido del contrato. Por ello, considera inconstitucional que, a partir de la disposición cuadragésima tercera y cuarta -en su inciso final- en concordancia con el artículo 4 numerales 4 y 6 de la resolución de la Superintendencia de Bancos, se busque privar a las personas de su propiedad, prescindiendo de los requisitos mínimos establecidos por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) para disponer de sus bienes. Considera que se habilita a la Superintendencia de Bancos a disponer de sus acciones sin que exista una declaratoria de fin social o ambiental de aquellas y sin que medie un proceso formal de expropiación.
12. Refiere que, si se le otorga a la Superintendencia de Bancos la facultad discrecional para disponer la venta, escoger al comprador y definir las modalidades, plazos y demás condiciones del contrato, como el precio, se abre la puerta para que la propiedad sea despojada sin justificar un objetivo social o ambiental, sin declaratoria de utilidad pública y sin derecho a que el constituyente reciba una justa indemnización.
13. Concluye manifestando que *“no hace falta que la Superintendencia de Bancos se apropie de la titularidad de las acciones aportadas o de los derechos fideicomitidos, sin cumplir los requisitos de la expropiación, para vulnerar el derecho a la propiedad. El mismo efecto violatorio e inconstitucional se produce al conferirle a la Superintendencia de Bancos todas las facultades para disponer de las acciones a quien quiera, en la forma, el momento o en los términos que quiera, admitiendo que la propiedad de una persona pueda ser burdamente desconocida, y sus efectos patrimoniales disminuidos, al punto de anular el derecho”*. En tal sentido, solicita que se declare la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

4.2 Presidencia de la República

14. El 16 de julio de 2021, compareció al proceso Fabián Pozo Neira, en calidad de secretario jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador y delegado del presidente de la República del Ecuador. Indicó que, a diferencia de la administración pasada, esta considera que las disposiciones impugnadas son contrarias al derecho de la libertad de contratación debido a que *“[...] al obligar que se reforme un contrato lícito y en plena ejecución, se vulnera el derecho a la propiedad de quien ostentaba derechos sobre ese contrato lícito”*.
15. Expuso que aquellos que cumplieron las disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del COMF procedieron a enajenar sus acciones, consecuentemente, desinvertieron las acciones que les impedían dar cumplimiento a esas disposiciones transitorias. Agrega que haber constituido un fideicomiso mercantil para cumplir con aquellas disposiciones no deriva *“[...] en una simulación que podría acarrear una nulidad. La existencia misma de las disposiciones impugnadas denota lo lejos que tuvo*

que ir el legislador y el ejecutivo de ese entonces, para conseguir sus objetivos de limitar libertades a los ciudadanos”.

16. Puntualizó que las disposiciones impugnadas obligan a quienes constituyeron fideicomisos mercantiles *“para que incluyan disposiciones que permitan a una entidad pública –la Superintendencia de Bancos– determinar las condiciones y plazo para la enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones que forman parte del activo de un fideicomiso. [...] El hecho de que se exija realizar modificaciones al contrato de fideicomiso, resulta simple y llanamente confiscatorio”.*
17. Enfatizó que el fideicomiso mercantil se encuentra dotado *“[...] de personalidad jurídica por lo que se consideraría que es ajeno a la persona que lo constituye. Además, se debe considerar que el representante legal o administrador de este patrimonio autónomo (fideicomiso) es, en sí, su fiduciaria”.*
18. Agregó que *“[...] los fideicomitentes que constituyeron (contrataron) un fideicomiso para cumplir con las disposiciones vigésima quinta y vigésima sexta del COMF, de hecho enajenaron esas acciones. No está en duda que proceder de esta manera está dentro del campo de acción que permite la autonomía de la voluntad; más bien, si el fin de las disposiciones impugnadas era enervar este proceder, entonces el fondo de las disposiciones impugnadas es inconstitucional porque atenta contra la libertad de contratación”.*
19. Argumentó que *“[...] permitir que una norma legal intervenga en un contrato como el de fideicomiso y que dicha intervención sea la vía para que, por resignación del fideicomitente o directamente desde la Superintendencia de Bancos, se venda un activo contenido en el patrimonio autónomo o se termine el contrato de fideicomiso, deriva en que las disposiciones impugnadas vulneren el derecho a la libertad de contratación [...]”.*
20. En lo que respecta al derecho a la propiedad, refirió que *“[...] es posible concluir que la enajenación de las acciones dio paso al derecho a la propiedad de otro bien intangible: los derechos que se generan por el contrato de fideicomiso mercantil”.*
21. Explicó además, que la Superintendencia de Bancos se convierte en una entidad pública que interfiere arbitrariamente y *“a su gusto, en los términos contractuales pactados lícitamente entre privados. Con ello, no solo está en riesgo el patrimonio mismo de los fideicomisos, sino que respecto de los-constituyentes y beneficiarios- existe la plena posibilidad de que sus intereses, válidamente acordados y celebrados, sean despojados de toda sustancia y contenido”.*
22. Concluyó que el hecho que pueda intervenir en relaciones contractuales privadas y válidamente constituidas *“[...] solo (sic) es posible en la medida en que se desprenda de un razonamiento claro y preciso, justificado y válidamente motivado en pro del interés social; cuestión que no ha ocurrido en el presente caso. La posibilidad de despojar de*

contenido a los contratos de fideicomiso y a los derechos que de ellos se derivan no es razonable ni proporcional”.

4.3. Asamblea Nacional

23. El 22 de abril de 2019, el Procurador Judicial de la presidenta de la Asamblea Nacional señaló que el derecho a la propiedad privada no es absoluto, sino que este puede ser relativizado en aras del bien común y su función social. En este sentido señala que el no poner límites al poder económico terminó, en el pasado, en una experiencia nefasta.
24. Precisó que el derecho a la propiedad y a la libre contratación deberían tener una regulación e intervención frente a la distorsión y acaparamiento de factores de producción, eliminando privilegios y distorsión al acceso equitativo. En consecuencia, señaló que en el presente caso *“la declaratoria de venta de acciones de influencia, se está realizando previa justa valoración, indemnización y pago, tomando en cuenta, además, que dichas acciones van a cumplir con una mejor y óptima función social, liberada de una cuestionada influencia que no ha sido buena experiencia para el país, cuyo objetivo es lograr el bienestar colectivo”.*

4.4. Superintendencia de Bancos

25. El 20 de julio de 2021, Ruth Patricia Arregui Solano, en calidad de Superintendente de Bancos, señaló que se emitió la resolución Nro. SB-2017-296 *“por disposición expresa emitida en la Ley Orgánica para la reestructuración de las deudas de la Banca Pública, Banca cerrada y Gestión del Sistema financiero nacional y Régimen de Valores, en este sentido debía acatar esa disposición”.*
26. Refiere que, a pesar de los avances normativos y prácticos en supervisión bancaria hacia las mejores prácticas internacionales Ecuador *“tiene un camino largo que recorrer en términos del control y supervisión de grupos financieros, debido a los vacíos generados por las normas citadas por su visión parcial de la temática. Por lo que, la Superintendencia considera que se debe realizar un estudio estructural del Código Orgánico Monetario Financiero, tendiente a efectuar una supervisión basada en riesgos de los grupos financieros en manera global, integral y transfronteriza, en beneficio del resguardo de los depósitos del público y preservando la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez del sistema financiero [...]”.*
27. Concluye alegando que, si la Corte Constitucional determina la inconstitucionalidad por el fondo y la forma de las disposiciones impugnadas, *“y se hace necesario trabajar en un articulado que sustituya a aquellos, la Superintendencia de Bancos, está presta en el ámbito de su competencias, a trabajar en los aspectos técnico - jurídicos, apegados a estándares y mejores prácticas internacionales”.*

4.5. Procuraduría General del Estado

28. El 22 de abril de 2019, el Director Nacional de Patrocinio y Delegado del Procurador General del Estado señaló, en lo principal, que respecto a las normas impugnadas hay que considerar que se trata de disposiciones transitorias que, en principio, son temporales y sirven para regular los procesos de cambio en el sistema jurídico. Por lo que, considera que *“no se puede alegar que una norma accesoria y temporal sea inconstitucional sin antes haberse declarado como tal, a la norma principal”*.
29. Argumenta que las disposiciones transitorias fueron agregadas con el objetivo de que se *“produzcan las ventas de las acciones que tengan las entidades financieras privadas y sus subsidiarias nacionales y extranjeras en otras entidades financieras privadas, como consecuencia de los convenios de asociación así como las participaciones accionarias que tengan las entidades del sector financiero privado y los accionistas de dichas entidades con propiedad patrimonial con influencia en las entidades financieras del extranjero que se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de acuerdo con los criterios del Servicio de Rentas Internas, con el fin de lograr la desinversión ordenadas en las disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero”*.
30. En relación a la resolución No. SB-2017-296 indica que, en virtud del mandato legal, la Superintendencia de Bancos puede disponer al fiduciario la venta de las acciones aportadas al fideicomiso de acuerdo con el COMF. Esta atribución corresponde a los fideicomisos constituidos por ley. Además, señala como fin válido de las normas la lucha contra los paraísos fiscales, la defraudación fiscal, el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos.

V. Consideraciones y fundamentos

5.1. Consideraciones previas

31. Dado que corresponde a esta Corte pronunciarse únicamente respecto de la inconstitucionalidad por el fondo de las normas impugnadas, resulta oportuno precisar el régimen de accionistas de la banca privada antes de la entrada en vigencia del COMF.
32. En primer lugar, como marco constitucional, se debe considerar que la Constitución de la República, en su artículo 312, prescribe que:

“Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente”.

33. Por su parte, la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero (LOISF), en su artículo 44, prescribía:

“Pueden ser accionistas de instituciones del sistema financiero privado: [...] b) Las instituciones financieras, nacionales o extranjeras, ya sea directamente o por intermedio de instituciones financieras subsidiarias, siempre y cuando hubieren suscrito entre sí convenios de asociación, de conformidad con el cuarto inciso del artículo 17 de esta Ley;”

34. En el 2014, en observancia de los objetivos de la política económica establecida en el artículo 284² de la Constitución, la mencionada LOISF fue derogada por el COMF³, mismo que dispone, en su artículo 183, que *“las entidades de los sectores financieros público y privado y sus accionistas con propiedad patrimonial con influencia, no podrán participar como accionistas en entidades financieras constituidas o por constituirse en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición a la del Ecuador”*. En concordancia con ello, el artículo 399, del COMF, estableció que:

Accionistas. Las entidades financieras privadas deberán contar en todo tiempo al menos con dos accionistas. No podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones de las entidades del sector financiero privado, las siguientes: 1. Las entidades del sector financiero privado, con excepción de la inversión en subsidiarias o afiliadas que conformen un grupo financiero; 2. Las personas jurídicas privadas cuyo objeto social sea la comunicación con cobertura nacional, así como sus directores y principales accionistas; 3. Las entidades del sector financiero popular y solidario, con excepción de lo dispuesto en el artículo 443; 4. Las personas naturales o jurídicas que sean personas con propiedad patrimonial con influencia de una entidad bancaria privada solo podrán ser accionistas de otra entidad bancaria privada mientras no se conviertan en personas con propiedad patrimonial con influencia en la otra entidad; 5. Las personas naturales que hayan sido condenadas en sentencia ejecutoriada por delitos de peculado, lavado de activos y financiamiento de delitos como el terrorismo; 6. Las personas naturales y jurídicas, directivos y personas con propiedad patrimonial con influencia de una entidad financiera privada declarada en liquidación forzosa; y, 7. Las demás que señale la ley. Las personas naturales o jurídicas que mantengan acciones en empresas ajenas a la actividad financiera solo podrán ser accionistas directa o indirectamente de una entidad financiera hasta por debajo de los criterios definidos para ser personas con propiedad patrimonial con influencia. El organismo de control calificará la idoneidad, responsabilidad y solvencia de las personas con propiedad patrimonial con influencia, así como a las

² CRE, art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional. 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética. 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas. 5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural. 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales. 7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo. 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. 9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.

³ Código publicado el 12 de septiembre de 2014, en el Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 332.

personas jurídicas sus socios o accionistas personas naturales, cuando su participación en el capital de la entidad financiera sea del 6% o más (énfasis añadido).

35. Así, para poder cumplir con lo prescrito en el artículo citado en el párrafo *ut supra*, el COMF, en su disposición transitoria vigésimo quinta, estableció que:

“[d]entro del plazo de un (1) año desde la vigencia de este Código, las entidades financieras privadas y sus subsidiarias nacionales y extranjeras deberán enajenar las acciones que posean en otras entidades financieras privadas, como consecuencia de los convenios de asociación suscritos al amparo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”.

36. De este modo, el COMF fijó el plazo de un año para que las entidades financieras privadas y sus subsidiarias nacionales y extranjeras enajenen las acciones que poseían en otras entidades financieras privadas, como consecuencia de los convenios de asociación.
37. En tal sentido, la LORDB, en sus disposiciones reformativas al COMF, añadió las disposiciones transitorias cuadragésima tercera y cuadragésima cuarta⁴, ahora impugnadas. Estas normas regulan los procesos de desinversión a los cuales estaban obligadas las entidades financieras privadas y sus accionistas con propiedad patrimonial

⁴ A continuación de la Disposición Transitoria Cuadragésima Segunda, añádanse las siguientes:
CUADRAGÉSIMA TERCERA.- En el plazo de treinta (30) días contados a partir de la vigencia de esta transitoria, los constituyentes de los fideicomisos creados para dar cumplimiento con las desinversiones ordenadas en las Disposiciones Transitorias Vigésima Quinta y Vigésima Sexta de este Código deberán reformar dichos contratos de fideicomiso de conformidad con las instrucciones que expida la Superintendencia de Bancos mediante la correspondiente norma de control, la cual deberá considerar de forma obligatoria la facultad para que dicha Superintendencia pueda disponer al fiduciario la venta de las acciones aportadas al fideicomiso, bajo cualquier modalidad, en el plazo y condiciones que ésta determine. La enajenación de las acciones deberá cumplir de forma obligatoria con las formalidades legales y otras que se expresen en el respectivo contrato de fideicomiso.

El incumplimiento de lo dispuesto en el inciso precedente dará lugar a que la Superintendencia de Bancos disponga al constituyente la terminación inmediata del respectivo contrato de fideicomiso, y la enajenación en pública subasta de las acciones aportadas al patrimonio de dicho fideicomiso.

CUADRAGÉSIMA CUARTA.- Sin perjuicio de la prohibición contenida en el numeral 4 del artículo 399 de este Código, la Superintendencia de Bancos podrá aprobar la conversión de las sociedades financieras que tengan entre sus accionistas a personas con propiedad patrimonial con influencia, y que a su vez, posean acciones de la misma calidad en un banco, siempre que en el mismo acto administrativo se disponga que en el plazo de treinta (30) días contados a partir de la conversión, los accionistas constituyan un fideicomiso aportando las acciones que tengan en ambas entidades, cuyo objeto será la enajenación de las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero, de conformidad con las instrucciones que expida la Superintendencia de Bancos mediante la correspondiente norma de control, la cual deberá considerar de forma obligatoria la facultad para que dicha Superintendencia pueda disponer al fiduciario la venta de las acciones aportadas al fideicomiso, bajo cualquier modalidad, en el plazo y condiciones que ésta determine. La enajenación de las acciones deberá cumplir de forma obligatoria con las formalidades y otras que se expresen en el respectivo contrato de fideicomiso.

En el caso de que no se constituya el fideicomiso señalado en el inciso precedente, o que una vez constituido no se cumplan con las instrucciones del fideicomiso en concordancia con la norma expedida por la Superintendencia de Bancos, dicho organismo de control enajenará en pública subasta las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero.

con influencia, cuya prohibición expresa impide mantener participación en entidades financieras del país o en paraísos fiscales.

38. Finalmente, para poder cumplir con el proceso de desinversión - incorporado por las reformas al COMF detalladas *ut supra*- la Superintendencia de Bancos expidió la Norma de control contenida en la Resolución No. SB-2017-296 el 10 de mayo de 2017⁵, que también es considerada por el accionante como parcialmente contraria a la Constitución.

5.2. Control Constitucional por el fondo

¿La disposición reformativa segunda, numeral 12 de la LORDB, que añade las disposiciones transitorias cuadragésima tercera y cuadragésima cuarta del COMF y los artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4, y 6 de la Resolución No. SB-2017-296 son contrarias al derecho a la libertad de contratación previsto en el artículo 66 numeral 16 de la CRE?

39. Para el accionante, las normas impugnadas son incompatibles con el derecho a la libertad de contratación pues obligan a los accionistas a introducir cláusulas contractuales contrarias a su voluntad y disponer la venta de sus acciones. También señala que estas limitan la posibilidad de las partes de decidir con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e incluso cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes.

⁵ ARTÍCULO 1.- *La entidad financiera o los accionistas con propiedad patrimonial con influencia que con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones transitorias vigésimo quinta y vigésimo sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero hayan constituido fideicomisos mercantiles, deberán ajustar dicho contrato dentro del plazo establecido en la disposición transitoria cuadragésima tercera del Código Orgánico Monetario y Financiero y a los lineamientos expuestos en la presente resolución, cuyo único objeto será la venta de las acciones con el fin de lograr la desinversión prevista en la Ley.*

ARTÍCULO 2.- *La Superintendencia de Bancos podrá aprobar la conversión de las sociedades financieras que tengan entre sus accionistas a personas con propiedad patrimonial con influencia, y que a su vez posean acciones de la misma calidad en un banco, para lo cual, los accionistas deberán constituir, en el plazo de treinta (30) días contados desde la conversión, un fideicomiso aportando las acciones que tengan en ambas entidades, cuyo objeto será la enajenación de las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero.*

ARTÍCULO 4.- *Los fideicomisos que se constituyan o reformen en cumplimiento a la presente resolución, adicionalmente a los requerimientos específicos establecidos en los artículos precedentes, contendrán como mínimo las siguientes condiciones generales: (...)*

3. *La facultad de la Superintendencia de Bancos para gestionar, directamente y sin necesidad de la aceptación de persona alguna, la enajenación de las acciones para cumplir con el objeto del fideicomiso.*

4. *La facultad del constituyente y/o la Superintendencia de Bancos de instruir a la fiduciaria, sin necesidad de autorización de la otra parte y cumpliendo las formalidades legales y otras que se expresen en el contrato, a quién enajenar o transferir los derechos fideicomitidos. El comprador deberá ser calificado previamente por el organismo de control.*

6. *La obligación de las partes contratantes, constituyentes y administradoras de cumplir con las disposiciones que emita la Superintendencia de Bancos respecto del funcionamiento y gestión de los fideicomisos, durante su vigencia.*

40. La libertad de contratación, prevista en el artículo 66 numeral 16 de la CRE, establece que “(s)e reconoce y garantizará a las personas: [...]. El derecho a la libertad de contratación”. En su jurisprudencia este Organismo ha reconocido que este derecho “permite a las personas suscribir contratos para poder realizar actividades económicas y productivas”⁶.
41. Esta Magistratura Constitucional ha determinado que el derecho a la libertad de contratación permite que las personas puedan celebrar contratos y determinar su contenido, condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades conforme a la autonomía de la voluntad de los contratantes y dentro del marco constitucional y legal vigente⁷. En esta línea, se ha entendido que, de forma general, el contrato -al ser el objeto central de este derecho- “[...] tiene como fundamento básico recoger la voluntad de los contratantes de convenirlo y celebrarlo libremente. Este requisito se encuentra dentro del ámbito establecido en la ley, para que de esa manifestación se generen obligaciones”⁸.
42. La Corte también ha señalado que el derecho a la libertad de contratación tiene dos elementos: (i) la **libertad de conclusión**, relacionada con la posibilidad de decidir sobre contratar o no, cuándo hacerlo y con quién contratar; y, (ii) la **libertad de configuración interna**, correspondiente a la posibilidad que las partes configuren libremente el contenido y alcance del contrato dentro de los límites que la Constitución y la ley les impone⁹. Todo esto teniendo como eje el principio de autonomía de la voluntad que tienen las partes al momento de celebrar contratos¹⁰. Asimismo se debe considerar que el derecho a la libertad de contratación “[...] no es ilimitado o absoluto porque puede ser regulado mediante el procedimiento legislativo establecido para el efecto conforme el artículo 132 de la Constitución”¹¹.
43. Para determinar si la norma impugnada restringe o no la libertad de contratación, se debe observar el principio de no restricción de los derechos. Este implica que los derechos no pueden ser disminuidos injustificadamente “sin llegar al extremo de desnaturalizar el contenido del derecho limitado”¹², ya sea por el órgano legislativo u otros poderes públicos. Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-15-IN/21, de 07 de abril de 2021, párr. 26. Véase también. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-12-SIN-CC (Caso No. 0020-10-IN) de 17 de abril del 2012, pág. 36. Ver también: Sentencia No. 022-12-SIN-CC (Caso No. 0048-10-IN) de 7 de junio del 2012, pág. 21.

⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-15-IN/21, de 07 de abril de 2021, párr. 26. Véase también Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 171-14-SEP-CC (Caso No. 0884-12-EP) de 15 de octubre del 2014, pág. 15. Ver también: Sentencia No. 134-14-SEP-CC (Caso No. 1714-12-EP) de 17 de septiembre de 2014, pág. 8.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 044-10-SEP-CC (Caso No. 0037-10-EP) de 21 de octubre del 2010, pág. 18.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-15-IN/21, de 07 de abril de 2021, párr. 26.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 171-14-SEP-CC, pág. 15.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-15-IN/21, de 07 de abril de 2021, párr. 27.

¹² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-15-IN/21, de 07 de abril de 2021, párr. 28. Véase también. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 019-15-SIN-CC, pág. 8.

Humanos ha señalado que: “*un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*”¹³. Así las cosas, en función de los estándares constitucionales y de derechos humanos citados, a fin de determinar si se ha restringido el derecho a la libertad de contratación, corresponde a este Organismo realizar un análisis de proporcionalidad entre las normas impugnadas y los fines que persiguen.

44. Por lo que, para determinar si existe una limitación constitucionalmente válida, es preciso recurrir al test de proporcionalidad previsto en el artículo 3 numeral 2 de la LOGJCC:

“2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

45. En la presente acción tenemos dos grupos de normas impugnadas: **(a)** la disposición reformativa segunda, numeral 12 de la LORDB, que añade las disposiciones transitorias cuadragésima tercera y cuadragésima cuarta del COMF; y, **(b)** los artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4, y 6 de la Resolución No. SB-2017-296.

Análisis de proporcionalidad de las normas del grupo (a)

46. Respecto a las normas del grupo **(a)** se encuentra que estas establecen, en resumen, lo siguiente: La disposición cuadragésima tercera se relaciona con la desinversión de los fideicomisos mercantiles y por consecuencia la reforma de los contratos de fideicomiso mercantil de conformidad con las instrucciones de la Superintendencia de Bancos. La disposición cuadragésima cuarta obliga a los que tengan acciones en dos entidades a constituir fideicomisos para enajenar las acciones de una de ellas. Asimismo, conceden la atribución de aprobar la conversión de sociedades que tengan como accionistas a personas con propiedad patrimonial de influencia¹⁴ y que posean acciones en una entidad financiera. En caso de incumplimiento de lo dispuesto la Superintendencia de Bancos dispondrá la terminación inmediata del contrato y la enajenación en pública subasta de las acciones objeto del fideicomiso mercantil.

¹³ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 273.

¹⁴ COMF, libro I Art. 169.- Personas con propiedad patrimonial con influencia.- Para las entidades del sistema financiero nacional, se consideran personas con propiedad patrimonial con influencia a las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente, el 6% o más del capital suscrito y pagado o del capital social.

47. Es decir, a través de ellas se constata que los titulares de los derechos fiduciarios, para la enajenación a la que están obligados, no pueden estipular de forma exclusiva las condiciones de esta venta, pues también se otorga a la Superintendencia de Bancos, que es el Organismo de Control, la facultad de fijar los términos y condiciones de la enajenación de las acciones. Además, se le concede la potestad de configurar este negocio jurídico, a través de la posibilidad de determinar el contenido, plazo, modalidad y términos del contrato. Como consecuencia, los constituyentes del fideicomiso mercantil están vedados de elegir o participar en estos asuntos y un ente ajeno al contrato originario de fideicomiso, como es la Superintendencia de Bancos, adquiere potestad como parte del contrato. De esta manera, este organismo de control -siendo un tercero- pasa a gozar de una libertad que, por excelencia, corresponde a las partes contratantes y no a terceros.
48. Por lo que se verifica que las normas del grupo (a), en efecto introducen limitaciones al derecho a la libertad de contratación. Por lo que, corresponde examinar si éstas responden a una justificación constitucional y si cumplen con el criterio de proporcionalidad.
49. En primer lugar, respecto al **fin legítimo**, este implica que la medida adoptada tenga como horizonte el cumplimiento de un objetivo o meta prevista en la Constitución o que busque proteger derechos constitucionales¹⁵. En el caso concreto, de los argumentos esgrimidos tanto por el accionante como por la Presidencia de la República y la Superintendencia de Bancos, las normas que conforman el grupo (a) tienen como propósito implementar la prohibición contenida en el artículo 312 de la CRE, respecto de que los accionistas de instituciones del sistema financiero privado no pueden ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera. De modo que, existe un fin constitucionalmente válido.
50. En segundo lugar, en cuanto a la **idoneidad** de la medida, corresponde determinar su eficacia respecto al cumplimiento del fin perseguido¹⁶. De lo señalado anteriormente se puede corroborar que las disposiciones del grupo (a) son conducentes a que los constituyentes de fideicomisos cumplan con el fin constitucional de que los principales accionistas de las instituciones del sistema financiero privado no sean titulares, directa ni indirectamente de acciones y participaciones en empresas ajenas a su actividad financiera. En tanto esto evita que los accionistas en entidades financieras sean, al mismo tiempo, titulares en otras entidades de carácter financiero mediante los procesos de desinversión introducidos por el COMF. De esta manera, las disposiciones analizadas satisfacen el requisito de idoneidad.
51. En tercer lugar, respecto a la **necesidad de la medida**, corresponde verificar que la medida adoptada sea la menos restrictiva para el ejercicio del derecho¹⁷. Revisadas las

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-15-IN/21, de 07 de abril de 2021, párr. 32.

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 025-16-SIN-CC (Caso No. 0047-14-IN) de 6 de abril de 2016, pág. 12.

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 025-16-SIN-CC, 06 de abril de 2016, pág. 12.

normas en cuestión, se advierte que estas a más de obligar la desinversión, crear las condiciones para la conversión de sociedades que tengan entre sus accionistas “personas con propiedad patrimonial con influencia” y a su vez la reforma de fideicomisos ya existentes; generan una obligación adicional, misma que radica en integrar -dentro de todos los fideicomisos mercantiles- a la Superintendencia de Bancos para que ésta fije la modalidad, el plazo y condiciones de la venta de acciones.

52. Ahora bien, aún cuando es legítimo establecer medidas que garanticen el cumplimiento de la norma constitucional, esta obligación de sujetarse a la discreción y términos de la Superintendencia dentro de negocios entre privados, constituye una intervención gravosa a la libertad de contratación y es, por tanto, innecesaria para la consecución del fin perseguido -evitar monopolios en el sector financiero- pues esto se puede garantizar sin obligar a los privados a someterse a la Superintendencia en “*cualquier modalidad, en el plazo y condiciones que ésta determine*”.

53. Finalmente, la **proporcionalidad** implica efectuar un análisis sobre la existencia de un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional¹⁸. En el presente caso, para que la medida sujeta a análisis sea proporcional el beneficio alcanzado debe ser mayor a la limitación a la libertad de contratación. Así, se encuentra que el hecho de permitir que la Superintendencia de Bancos -en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas impugnadas- tenga la facultad de ejercer a su arbitrio y bajo los términos y condiciones que esta considere, la enajenación de las acciones objeto del fideicomiso, en cualquier momento, o a través de una subasta pública, así como la conversión de sociedades que tengan entre sus accionistas “*personas con propiedad patrimonial con influencia*” no respeta el equilibrio necesario entre la protección del precepto constitucional recogido en el artículo 312 y el derecho a la libertad de contratación (66. 16 CRE). Aun cuando las normas pretendan viabilizar un mandato constitucional y evitar los monopolios u oligopolios, estas anulan la posibilidad de que los constituyentes fiduciarios decidan la forma, la modalidad y las personas con quienes deseen celebrar un contrato y/o la enajenación de sus acciones. De modo que esta medida no es proporcional pues contraviene a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en la libertad de contratación, particularmente, en la libertad de configuración interna, derecho que corresponde exclusivamente a las partes y no a terceros como la Superintendencia, organismo de control, que no puede convertirse en juez y parte sino que debería ejercer su potestad, exclusivamente, en función de lo prescrito en el artículo 213 de la CRE¹⁹.

¹⁸ Al respecto, véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019 y Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 025-16-SIN-CC, 06 de abril de 2016, pág. 13.

¹⁹ **Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]

54. En función de lo señalado, aun cuando en cumplimiento de la Constitución y el COMF es válido obligar a la desinversión de acciones, se verifica que la intervención de la Superintendencia genera un desmedro a la posibilidad de configurar los negocios jurídicos, por lo que las normas del grupo (a) restringen, tanto el elemento de la libertad de conclusión -relacionada con la posibilidad de decidir sobre contratar o no, cuándo hacerlo y con quién contratar- como la libertad de configuración interna, correspondiente a la posibilidad que las partes configuren libremente el contenido y alcance del contrato dentro de los límites que la Constitución y la ley les impone, como elementos del derecho a la libertad de contratación.

Análisis de proporcionalidad de las normas del grupo (b)

55. Ahora bien, respecto de las normas contenidas en el grupo (b), se desprende que los artículos 1 y 2 de la resolución definen la forma en que se debe materializar las disposiciones cuadragésimo tercera y cuarta en relación al procedimiento de reforma de fideicomisos mercantiles y la conversión de sociedades que tengan “personas con propiedad patrimonial influencia” en las que debe constar la Superintendencia de Bancos, como nueva parte del negocio jurídico. Por su parte, el artículo 4 define las condiciones generales bajo las cuales se deben reformar o constituir los fideicomisos, en sus numerales 3, 4 y 6 se aprecia una autorización expresa a la Superintendencia de Bancos para gestionar la enajenación de las acciones, determinar qué compradores son idóneos para tal negocio jurídico y obliga a sujetarse a los reglamentos de dicha entidad de control.
56. Dado que se ha verificado que estas normas son accesorias a las del grupo (a) -al determinar únicamente la forma cómo ejecutar lo establecido en ellas- ya no es necesario realizar un análisis individualizado de estas, pues se ha determinado que las normas que dieron origen a estas son inconstitucionales por contrariar el derecho de la libertad de contratación.
57. En función de lo expuesto esta Corte Constitucional concluye que las normas contenidas, tanto en el grupo (a) como en el grupo (b), son contrarias al derecho a la libertad de contratación prescrito en el artículo 66 numeral 16 de la Constitución y en consecuencia son inconstitucionales.

5.3. ¿El inciso final de la disposición cuadragésima cuarta que fue añadida al COMF por la LORDB, así como el artículo 4 en sus numerales 4 y 6 de la Resolución emitida por la Superintendencia de Bancos, son contrarias al derecho a la propiedad previsto en el artículo 66. 26 de la CRE?

58. El accionante aduce que las personas que constituyeron fideicomisos para dar cumplimiento a la desinversión, aportaron las acciones para su posterior enajenación bajo un marco normativo determinado, reservándose la facultad para disponer la venta de las acciones; por lo que, considera que la disposición cuadragésima cuarta que fue añadida al COMF por la LORDB, así como el artículo 4 en sus numerales 4 y 6 de la

Resolución les priva de su derecho a la propiedad, prescindiendo de los requisitos mínimos para disponer de sus bienes. Señala, además, que las normas impugnadas habilitan a la Superintendencia de Bancos para que pueda disponer de sus acciones sin que exista una declaratoria de fin social o ambiental y sin que medie un proceso formal de expropiación, permitiendo que el organismo de control, discrecionalmente, pueda disponer la venta de las acciones escogiendo al comprador y, entre otros elementos, el precio de las mismas. Por lo que concluye que se trata de normas de carácter confiscatorio.

59. La Constitución de la República en el artículo 66 numeral 26, consagra “*el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas*”. Esta Corte ha señalado que la incorporación del derecho a la propiedad dentro del capítulo de derechos de libertad pretende que el ejercicio de este derecho se realice sin injerencias arbitrarias y que los titulares de este derecho puedan determinar el destino y función que le dan a sus respectivos bienes²⁰.
60. En relación al derecho a la propiedad esta Corte ha definido que comprende los siguientes elementos: (i) el derecho de toda persona al acceso a la propiedad (deber de promoción del Estado) y (ii) el derecho de que la propiedad de las personas sea respetada (deber de abstención del Estado); garantizando que el Estado no limitará el derecho sino en la forma prevista en la Constitución y la ley, prohibiendo toda forma de confiscación²¹.
61. Dado que ningún derecho es absoluto, la propia Constitución establece la figura de la expropiación como una limitación a este derecho, exclusivamente, por razones de utilidad pública o de interés nacional, pero con la justa valoración, indemnización y pago al titular del derecho de propiedad de los bienes expropiados²². Así, el artículo 323 de la CRE determina que únicamente “*por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación*”.
62. Las normas impugnadas en su parte principal establecen:

Disposición transitoria cuadragésima tercera del COMF: *El incumplimiento de lo dispuesto en el inciso precedente dará lugar a que la Superintendencia de Bancos disponga al constituyente la terminación inmediata del respectivo contrato de fideicomiso, y la enajenación en pública subasta de las acciones aportadas al patrimonio de dicho fideicomiso (énfasis añadido).*

²⁰ Corte Constitucional, sentencia 6-15-IN/20, 20 de enero de 2020, párr. 41.

²¹ Corte Constitucional, sentencia 146-14-SEP-CC de 27 de octubre de 2014.

²² Corte Constitucional, sentencia 6-15-IN/20, 20 de enero de 2020, párr. 44.

Disposición transitoria cuadragésima cuarta del COMF: *En el caso de que no se constituya el fideicomiso señalado en el inciso precedente, o que una vez constituido no se cumplan con las instrucciones del fideicomiso en concordancia con la norma expedida por la Superintendencia de Bancos, dicho organismo de control **enajenará en pública subasta** las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero (énfasis añadido).*

Resolución de la Superintendencia de Bancos: ARTÍCULO 4.- *Los fideicomisos que se constituyan o reformen en cumplimiento a la presente resolución, adicionalmente a los requerimientos específicos establecidos en los artículos precedentes, contendrán como mínimo las siguientes condiciones generales:*

[...] 4. La facultad del constituyente y/o la Superintendencia de Bancos de instruir a la fiduciaria, sin necesidad de autorización de la otra parte y cumpliendo las formalidades legales y otras que se expresen en el contrato, a quién enajenar o transferir los derechos fideicomitidos. El comprador deberá ser calificado previamente por el organismo de control.

6. La obligación de las partes contratantes, constituyentes y administradoras de cumplir con las disposiciones que emita la Superintendencia de Bancos respecto del funcionamiento y gestión de los fideicomisos, durante su vigencia.

- 63.** De las normas citadas en el párrafo *ut supra*, se evidencia que las disposiciones transitorias cuadragésima tercera y cuarta, en su parte pertinente, previenen a los accionistas de fideicomisos mercantiles que en el caso de incumplir con el proceso de desinversión establecidos en el COMF y en la Resolución emitida por la Superintendencia, este organismo de control “*enajenará en pública subasta las acciones de cualquiera de ellas que se venda primero*”, sin considerar la opinión de los constituyentes del fideicomiso. En otras palabras, se otorga a la Superintendencia de Bancos una facultad de decidir la venta de las acciones al mejor postor, desconociendo los acuerdos pactados en los contratos fiduciarios celebrados por los constituyentes de los fideicomisos.
- 64.** De este modo, se observa que se otorga a la Superintendencia de Bancos, siendo una entidad de control, facultades extraordinarias para decidir en relación a fideicomisos mercantiles de los que nunca fue parte originaria. Además, se le concede competencias que, en principio, sólo deberían ser de las partes que constituyeron el fideicomiso mercantil. Esto cobra mayor importancia debido a que en el caso de que no se cumpla con los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Bancos, ésta podrá enajenar a su discreción y arbitrio las acciones objeto del fideicomiso. Lo que, en la práctica, en efecto genera una afectación directa del derecho a la propiedad de los accionistas que crearon los fideicomisos originales para cumplir con el mandato del COMF. Dado que no existe una justificación constitucional ni limitación en cuanto al monto de pago (como en una expropiación) esta enajenación obligatoria podría devenir en una confiscación de su propiedad.

- 65.** Asimismo, se verifica que el artículo 4 numerales 4 y 6 de la Resolución dictada por la Superintendencia de Bancos, le otorga la facultad de disponer de las acciones del fideicomiso mercantil en cualquier momento y bajo cualquier modalidad, lo que a consideración de esta Magistratura, bajo los mismos argumentos antes expuestos, atenta contra derecho a la propiedad de los constituyentes de los fideicomisos mercantiles originarios, dado que sus efectos patrimoniales pueden ser disminuidos, al punto de anular este derecho y constituir una confiscación.
- 66.** Por todo lo expuesto, esta Corte considera que las normas impugnadas son contrarias al derecho a la propiedad prescrito en el artículo 66 numeral 26 de la Constitución y en consecuencia son inconstitucionales.

5.4. Efectos de la sentencia

- 67.** Cabe aclarar que la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas impugnadas rige a futuro y no afecta el mantenimiento en el ordenamiento jurídico de los mecanismos ideados por el COMF para evitar que entidades del sector privado puedan ser accionistas a su vez de otras entidades del sector financiero privado, esto en concordancia con lo prescrito en el artículo 312 de la CRE. Por lo que, los efectos de esta sentencia no generan consecuencias jurídicas a lo prescrito en el COMF, específicamente en cuanto a su disposición transitoria vigésimo quinta - sobre los procesos de desinversión- que en la actualidad prescribe:

“[d]entro del plazo de un (1) año desde la vigencia de este Código, las entidades financieras privadas y sus subsidiarias nacionales y extranjeras deberán enajenar las acciones que posean en otras entidades financieras privadas, como consecuencia de los convenios de asociación suscritos al amparo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

- 1.** Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de la Disposición Reformatoria Segunda, numeral 12, de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, por medio de la cual se añadieron las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del Código Orgánico Monetario y Financiero;
- 2.** Declarar la inconstitucionalidad por el fondo los artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4 y 6 de la Resolución No. SB-2017-296, Norma para la Aplicación de las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera, Cuadragésima Cuarta y Cuadragésima Quinta del COMF, agregadas por la LORDB.

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que en la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con siete votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes y un voto salvado del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, sin contar con la presencia de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez; en sesión ordinaria de miércoles 22 de septiembre de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 24-18-IN

VOTO SALVADO

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. La Corte mediante sentencia, con ponencia de la jueza Karla Andrade Quevedo, declara la inconstitucionalidad de la Disposición Reformatoria Segunda, numeral 12, de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, por medio de la cual se añadieron las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del Código Orgánico Monetario y Financiero; y, de los artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4 y 6 de la Resolución No. SB-2017-296 de la Superintendencia de Bancos para la aplicación de dichas disposiciones transitorias.
2. Tengo que reconocer que, para entender todas las normas enunciadas en el párrafo anterior, el problema de fondo y las consecuencias de la sentencia de la Corte, tuve que leer más de una vez cada una de las disposiciones, escuchar los audios de la audiencia, vincular con otros textos normativos (en los que se encuentran las normas principales que dan sentido a unas normas transitorias), encontrar el vínculo con la Constitución y, finalmente, analizar objetivamente la sentencia aprobada.
3. En este voto salvado quisiera justificar las razones que motivaron mi oposición a la sentencia y, también, explicar el sentido de las normas declaradas inconstitucionales y las consecuencias de esta sentencia que me parecen fatales para un sano, transparente y equilibrado control del sistema financiero.
4. Para el efecto dividiré mi análisis en tres acápites: i) El contexto: la desigualdad estructural y los mandatos sobre el sistema financiero; ii) los derechos patrimoniales y el test de proporcionalidad; iii) conclusiones.
 - i) *La desigualdad estructural y los mandatos constitucionales sobre el sistema financiero*
5. Ecuador, como el resto de países de la región, tiene una lamentable, profunda y evidente desigualdad estructural. Existen muchas personas pobres y pocas personas que acumulan y concentran riqueza. El poder económico, además, como se demuestra a lo largo de nuestra historia republicana, también concentra poder y ha tenido incidencia en la política.

6. Uno de los principios republicanos por excelencia es la división de poderes. Para evitar la concentración de poder, que suele derivar en autoritarismo, abuso y en violaciones a derechos humanos, se ha dividido el poder y se han establecido sistemas de pesos, contrapesos y prohibiciones específicas.
7. El principio de división de poder en lo político vale en muchos sentidos y aplicaciones. En la guerra, por ejemplo, la famosa frase de “*divide y vencerás*”, también puede aplicarse a la forma cómo se afrontan problemas prácticos para encontrar soluciones.
8. El ámbito económico y financiero no es ajeno a las implicaciones del principio. Si se concentra poder económico se puede tender a perpetuar un sistema oligopólico, a tener influencias negativas sobre todo el sistema financiero, a incidir en el poder político donde prime el interés de unos pocos con posibles salvatajes y, en consecuencia, contribuye a profundizar la desigualdad.
9. Para evitar esto hay que controlar efectivamente el peso de ese poder. Sin control, hay concentración de poder. Sin control, el poder abusa. Ejemplos de esto hay en todo el mundo. En Estados Unidos, luego de la quiebra de Lehman Brothers, procedieron al rescate de la entidad financiera con dinero público y se afirmó que la empresa aseguradora AIG (American International Group, que opera en más de 80 países) era utilizada como “*testaferro para rescatar a los grandes bancos de todo el mundo.*”¹
10. Ecuador tiene un ejemplo que no puede ser olvidado sobre los efectos fatales de la concentración de poder financiero y de faltas de control durante el “*feriado bancario*”. Esta crisis financiera provocó, y no hace falta mencionar, una de las peores crisis sociales y económicas, que la sentimos todos y todas, y que generó una migración al extranjero por pobreza, falta de ingresos o inestabilidad económica sin precedentes.
11. Las normas constitucionales vigentes que regulan la política económica, comercial y el sistema financiero, en gran parte, se explican por la crisis del año 1999. No es casual, pues, que se establezca que en Ecuador se debe “*propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes,*”² “*las actividades financieras son un servicio de orden público...previa autorización del Estado*”³, que se debe fomentar “*la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades*”⁴, que el sistema financiero debe ser seguro, estable, transparente y sólido.⁵
12. Las normas constitucionales, si fuesen efectivamente respetadas y aplicadas, tienen el potencial de prevenir una crisis semejante a la de 1999 y de evitar distorsiones en el mercado financiero y abusos de poder. Los principios constitucionales sobre el sistema

¹ New York Times, “A.I.G. Failure Would Have Cost Goldman Sachs, 23 de julio de 2010

² Constitución, artículo 284 (8).

³ Constitución, artículo 308.

⁴ Constitución, artículo 336.

⁵ Constitución, artículo 309.

- financiero, entonces, no se basan en la desconfianza a los actores que se dedican a las actividades financieras o sobre el presupuesto de un grupo político que odia a quienes ejercen funciones financieras. No. Se basan en la experiencia histórica de un país que no supo regular y controlar de forma adecuada y oportuna múltiples abusos en el sistema financiero.
13. Las instituciones financieras públicas y privadas requieren regulación y control porque son un servicio de orden público con la responsabilidad en el manejo de recursos captados.
 14. La Constitución ha establecido dos normas para evitar la concentración de poder. La primera norma constitucional (artículo 312) es aquella que prohíbe que las instituciones financieras privadas tengan participación en las empresas de comunicación.⁶ La segunda es aquella que establece la necesidad de normas y entidades de control para “*preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez*” del sistema financiero (artículo 309).
 15. Se ha intentado dar cumplimiento a segunda norma mediante la expedición de normas y el establecimiento de la Superintendencia de Bancos como entidad de control. Pero la norma puede haber sido ineficaz y deja abierto un vacío legal que posibilita el incumplimiento del principio constitucional. Vamos por partes.
 16. En el año 2014 se expidió el Código Monetario y Financiero que estableció a las entidades financieras, sus accionistas y personas con propiedad patrimonial con influencia (esto quiere decir que su aporte de capital, más allá de las definiciones legales⁷, puede influir en las decisiones de una empresa o entidad financiera), entre otras, la obligación de sujetarse a las condiciones determinadas por la Constitución, la ley y por las regulaciones de entidades de control. Entre esas regulaciones y prohibiciones, se estableció no participar en paraísos fiscales;⁸ no ser titular, directa o indirectamente, de acciones en las entidades del sector privado; no ser accionistas de otra entidad bancaria privada mientras no se conviertan en personas con propiedad patrimonial de influencia.⁹

⁶ Constitución, artículo 312: “*Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente...*”; Disposición Transitoria Vigésimonovena, que dispuso el plazo de un año para enajenar las participaciones accionarias.

⁷ Código Orgánico Monetario y Financiero, artículo 169.

⁸ Código Orgánico Monetario y Financiero, artículo 183.

⁹ Código Orgánico Monetario y Financiero, artículo 399 (1) y (4). Artículo 399: “*Accionistas. Las entidades financieras privadas deberán contar en todo tiempo al menos con dos accionistas. No podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones de las entidades del sector financiero privado, las siguientes:*

1. Las entidades del sector financiero privado, con excepción de la inversión en subsidiarias o afiliadas que conformen un grupo financiero...

También se incluyó *“la necesidad enajenar las acciones que posean en otras entidades financieras privadas, como consecuencia de los convenios de asociación suscritos al amparo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.”*

17. El objetivo de la norma, acorde con la Constitución, fue evitar que una persona o un grupo de poder económico concentre capital al punto de no poder garantizar la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez del sistema financiero.¹⁰ En otras palabras, si la estabilidad de un sistema financiero depende de instituciones financieras demasiado grandes, sus decisiones podrían afectar al resto del sistema. Las malas decisiones, como sucedió en el año 1999, afectan a todo el sistema de un país. Para evitar crisis de este tipo y disminuir la posibilidad de un riesgo sistémico, se debe evitar la concentración del poder y se debe fortalecer la diversificación de las instituciones del sistema financiero.
18. La ley estableció, en el año 2014, el plazo de un año para que las entidades financieras enajenen las acciones que tenían en otras entidades financieras privadas y desinviertan *“sus participaciones accionariales en las entidades financieras del extranjero que se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de acuerdo con los criterios del Servicio de Rentas Internas”*.¹¹
19. La forma que se utilizó para dejar de ser titulares de capital en varias entidades financieras privadas y proceder a la venta de acciones fue a través de la figura del fideicomiso.
20. El fideicomiso es un instrumento, que tiene reconocimiento y regulaciones legales, que funciona como un encargado para manejar los fondos que ahí se incluyan. Si bien se puede utilizar para garantizar el cumplimiento de determinados objetivos dispuestos para el fondo, no es menos cierto que el mecanismo tiene cierta opacidad y se podría prestar también para actividades ficticias o incluso ilícitas. Por ejemplo, a partir de la constitución de un fideicomiso se podría eludir obligaciones fiscales, lavar dinero o esconder al beneficiario final de una operación económica o financiera.
21. Con la constitución del fideicomiso las personas que antes eran titulares del capital o de acciones dejan de aparecer como tales. Las acciones y el capital pertenecen al fideicomiso. Sin embargo, quienes eran titulares de las acciones y del capital podrían haber continuado con influencia y control sobre el destino y manejo de capitales. Incluso podrían continuar ejerciendo decisiones en nombre de terceros que son quienes realmente mantienen el control. Los anteriores accionistas pudieron dejar de ser titulares, pero podrían continuar siendo beneficiarios finales.

4. *Las personas naturales o jurídicas que sean personas con propiedad patrimonial con influencia de una entidad bancaria privada solo podrán ser accionistas de otra entidad bancaria privada mientras no se conviertan en personas con propiedad patrimonial con influencia en la otra entidad...*”

¹⁰ Constitución, artículo 309.

¹¹ Código Orgánico Monetario y Financiero, Disposición Transitoria Vigésima Quinta y Disposición Transitoria Vigésima Sexta.

22. Para el cabal cumplimiento de los principios y normas constitucionales no basta con la formalidad sino con el cumplimiento material de las disposiciones. En el caso, se debe dejar de ser titulares y también beneficiarios finales de esas acciones. Por ello, el legislador incluyó una reforma adicional.
23. En el año 2017, se expidió la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores y ahí se establecieron mecanismos para hacer cumplir las normas anteriormente descritas.
24. Al momento de expedirse la ley, ya había un potencial vacío en su cumplimiento material de las obligaciones que se habían impuesto a los accionistas o las entidades financieras privadas con asociaciones con otros bancos o participaciones accionariales en las entidades financieras del extranjero (que se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales). Todo esto para cumplir con el objetivo de garantizar la estabilidad del sistema financiero y evitar concentración o inversiones que puedan convertirse o de ser de importancia sistémica. Entonces se estableció que la Superintendencia de Bancos regule el procedimiento con el que, quienes poseían propiedad patrimonial con influencia en entidades bancarias, realizarían la venta de sus acciones, en el plazo de 30 días. Si la venta no se producía, entonces, la Superintendencia intervenía con sus facultades de control, disponía la terminación del contrato y la enajenación en subasta pública.
25. Las normas impugnadas y declaradas inconstitucionales daban herramientas efectivas de control a la Superintendencia de Bancos para que se cumpla la ley, formal y materialmente, una vez que no fue cumplida por más de tres años. Estas herramientas, con la decisión de la Corte, ya no las tendrán.
26. Por otro lado, dato a tener en cuenta para considerar las dificultades que tiene el Estado para hacer cumplir la ley a grupos de poder, las normas legales que estuvieron vigentes varios años y las potestades conferidas a la Superintendencia de Bancos nunca se aplicaron.
27. Por ello, los principios y las normas constitucionales y legales para garantizar la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez del sistema financiero no se pueden asegurar que fueron eficaces.

ii) Los derechos patrimoniales y el test de proporcionalidad

28. La piedra angular de la sentencia, para declarar la inconstitucionalidad, es el análisis de la libertad de contratación, que tiene como eje el principio de autonomía de la voluntad, y de la propiedad privada.

29. Si bien la Corte, como ha hecho con otros derechos, reconoce que estos derechos no son absolutos o ilimitados, son lo suficientemente fuertes en la sentencia para vencer a la necesidad de regulación estatal para el cumplimiento de fines constitucionales.
30. Los derechos patrimoniales, entre los que está la libertad de contratación, al igual que los derechos políticos, son derechos poder. Los derechos poder no solo que deben ser regulados sino que tienen que ser limitados. Sin límites, tienden a la expansión, provocan exclusiones y acaban fomentando la desigualdad estructural.
31. La sentencia, para determinar si hubo una restricción injustificada al punto de desnaturalizar el contenido de derecho, realiza un test de proporcionalidad sobre las medidas para ejercer control sobre la venta de acciones por parte de entidades financieras y accionistas.
32. De acuerdo con la sentencia, la Superintendencia de Bancos asume, como si fuera un tercero, actividades propias de los titulares de los derechos fiduciarios. Lo que me parece que olvida la sentencia es la premisa de que la intervención de la Superintendencia se produce después de transcurrido varios meses en los que debió cumplirse la obligación. No es un tercero cualquiera que atenta contra la autonomía de la voluntad, sino que interviene como una autoridad que hace cumplir la Constitución y la ley, con la finalidad de evitar que se eluda el cumplimiento de las normas vigentes. Por otro lado, tampoco es un tercero porque se beneficia de la compra o venta de acciones, sino que garantiza un mecanismo para la estabilidad de todo el sistema bancario y para asegurar la calidad de los accionistas de las entidades financieras privadas.¹²
33. Para establecer el fin legítimo, la sentencia invoca el artículo 312, que se refiere a la prohibición de que el sistema financiero tenga participación en medios de comunicación. La norma adecuada para entender el espíritu de la regulación es el 309, que establece la obligación constitucional de garantizar la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez del sistema financiero.
34. En cuanto a la necesidad, establece que la obligación de reformar fideicomisos ya existentes y la fijación de la modalidad, el plazo y condiciones de la venta de acciones por parte de la Superintendencia, *“constituye una intervención gravosa a la libertad de contratación y es, por tanto, innecesaria para la consecución del fin perseguido -evitar monopolios en el sector financiero- pues esto se puede garantizar sin obligar a los privados a someterse a la Superintendencia en “cualquier modalidad, en el plazo y condiciones que ésta determine.”*

¹² Código Orgánico Monetario y Financiero, artículo 399.4 *“No podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones de las entidades del sector financiero privado, las siguientes: 4. Las personas naturales o jurídicas que sean personas con propiedad patrimonial con influencia de una entidad bancaria privada solo podrán ser accionistas de otra entidad bancaria privada mientras no se conviertan en personas con propiedad patrimonial con influencia en la otra entidad;”*.

35. Lo que no señala la sentencia es que la medida menos gravosa era que, como efectivamente disponía la ley, los dueños de capital y quienes tienen influencia cumplan, libremente, de acuerdo con sus condiciones y con toda la libertad permitida dentro de las operaciones mercantiles y financieras, dentro del plazo legal, sus obligaciones. Eso es lo menos gravoso.
36. La intervención de la Superintendencia se produce para garantizar el cumplimiento oportuno y eso requiere medidas efectivas. Por otro lado, la sentencia no señala, cómo exige el parámetro de necesidad, cuáles serían las otras medidas menos gravosas que no signifiquen elusión o postergación de las obligaciones incumplidas. La indicación de estas medidas es relevante sobre todo cuando el efecto de la sentencia es expulsar las normas del ordenamiento jurídico.
37. En cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, la obligación es ponderar entre el beneficio de un principio y derecho y el daño o perjuicio que se produce en el otro principio. En el caso, por un lado, es la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez de todo el sistema financiero; y, por el otro, la libertad de contratación.
38. La sentencia concluye, sin considerar el daño o el nivel de satisfacción al otro principio en juego, que *“no respeta el equilibrio necesario entre la protección del precepto constitucional recogido en el artículo 312 y el derecho a la libertad de contratación (66. 16 CRE). Aun cuando las normas pretendan viabilizar un mandato constitucional y evitar los monopolios u oligopolios, estas anulan la posibilidad de que los constituyentes fiduciarios decidan la forma, la modalidad y las personas con quienes deseen celebrar un contrato y/o la enajenación de sus acciones.”*
39. El omitir reflexiones como las que se hicieron en el acápite primero de este voto, reflejan que el test, en este punto, fue incompleto y no proporcionó elementos para hacer una ponderación adecuada.
40. Con relación al derecho a la propiedad, la sentencia establece que *“dado que no existe una justificación constitucional ni limitación en cuanto al monto de pago (como en una expropiación) esta enajenación obligatoria podría devenir en una confiscación de su propiedad.”* Además de desconocer, una vez más, que se trata de facultades otorgadas a la Superintendencia para hacer cumplir una obligación que tenía plazo y debía ser cumplida, la asemeja a una confiscación. No existe, de parte del Estado, apropiación alguna. El Estado utiliza los mecanismos coercitivos, determinado por la ley, para hacer cumplir una obligación que tiene un profundo e importante sentido constitucional. La argumentación en cuanto al derecho a la propiedad me parece incompleta y, por ello, no persuasiva.
41. La sentencia, además, analiza un asunto de derecho público a la luz y desde la lógica del derecho privado. La regulación del sistema financiero privado, el control por parte de entidades del Estado, los procedimientos para hacer cumplir las obligaciones son

propias del derecho público. La sentencia no considera que las actividades financieras de las entidades privadas son un servicio de orden público.

iii) Conclusiones

42. La apreciación sobre el alcance y el contenido de los principios constitucionales y del control de capitales privados se ha realizado desde la lógica y el contenido del derecho privado, omitiendo mandatos específicos de la Constitución.
43. Las normas impugnadas son constitucionales y considero que la Corte no ofreció argumentos completos para superar la presunción de constitucionalidad de las normas.
44. El hecho de que se haya declarado inconstitucionales las normas, no obsta de modo alguno para que las autoridades competentes, en particular la Superintendencia de Bancos colme el vacío normativo y haga cumplir las normas vigentes y, en particular, las normas constitucionales.
45. El sistema financiero nacional requiere regulación adecuada, oportuna y eficaz.
46. Finalmente, me parece que temas como los tratados en esta sentencia requieren, además de regulación y control, información, difusión y debate. Es deseable, como en todo tema de interés público, que la sociedad civil y la academia participen en todos los espacios posibles. Hubiese sido muy enriquecedor si tanto en la audiencia como en los argumentos que se ofrecieron en la sentencia, se haya escuchado además de sectores interesados, a otros sectores con opiniones, criterios, datos y más información relevante y diversa que siempre es importante tomar en cuenta para mejor resolver en este tipo de casos.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 24-18-IN, fue presentado en Secretaría General, el 24 de septiembre de 2021, mediante correo electrónico a las 12:44; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL