

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

1. Marco Antonio Rodríguez Proaño, ecuatoriano, mayor de edad, abogado, en mi calidad de Vicepresidente Ejecutivo y, como tal, representante legal de la **Asociación de Bancos del Ecuador**, entidad con domicilio en la Avenida República de El Salvador N35-204 y Suecia, Edificio Delta 890, Piso 7, Distrito Metropolitano de Quito, en ejercicio del derecho que me concede el primer inciso del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ante ustedes atentamente comparezco y presento el siguiente escrito de *amicus curiae*, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad identificada con el **Caso No. 110-21-IN y Acumulados**:

I

COMPARECENCIA

2. La Asociación de Bancos del Ecuador (“ASOBANCA”), es una entidad gremial sin fines de lucro, constituida el 30 de marzo de 1965, con la misión de representar los intereses legítimos de los Bancos Privados del Ecuador y promover un ambiente idóneo para su desarrollo. Igualmente, la institución está encaminada a agremiar a las entidades del sector financiero privado y promover mediante un diálogo constructivo, un ambiente económico favorable para su desenvolvimiento y para el desarrollo del Ecuador.

3. Con fundamento en el primer inciso del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en atención a la disposición quinta del auto dictado el 2 de agosto de 2022 por la Jueza de Sustanciación, Dra. Karla Andrade Quevedo, ASOBANCA comparece en calidad de *amicus curiae*. A través de dicha disposición, la Jueza de Sustanciación invitó a universidades, expertos en la materia, gremios y al público en general para que participen con informes y escritos respecto a las alegaciones contenidas en las demandas que motivan la causa en análisis.

II

IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA ANALIZADA

4. El presente escrito se circunscribe a analizar la alegación de inconstitucionalidad por el fondo del artículo 194 de la Ley Orgánica Para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19 que reformó el artículo 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero (“Norma Analizada”), constante en la demanda presentada por los señores Geovanni Javier Atarihuana Ayala, Natasha Sashenka Rojas Pilaquina y Nelson Armando Erazo, la cual originó el Caso No. 119-21-IN¹.

¹ Ver páginas 2, 9 y 10 de la demanda del Caso No. 119-21-IN.

5. El artículo 194 de la Ley Orgánica Para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19, constante en el Título XVII denominado Reformas al Código Orgánico Monetario y Financiero, prescribe:

En el artículo 169 del Libro I, reemplazar "6%" por "25%".

6. Como consecuencia de esta reforma, el texto vigente del artículo 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero dispone lo siguiente:

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 25% o más del capital suscrito y pagado o del capital social.

7. En la demanda del Caso No. 119-21-IN, los accionantes alegan infundadamente que el artículo 169 de la Ley Orgánica Para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19 hace un "bypass" al artículo 312 de la Constitución de la República, al aumentar del 6% al 25% el porcentaje del capital suscrito y pagado o el del capital social de la institución financiera para determinar si un accionista de una entidad financiera es o no una persona con propiedad patrimonial con influencia. De esta manera, los accionantes alegan que este incremento en el porcentaje genera una evasión jurídica respecto de las prohibiciones constitucionales y legales aplicables.

8. Con base en estos antecedentes, a través del presente escrito presento argumentos que demuestran que este cargo de inconstitucionalidad carece de sustento jurídico y lógico, por lo que debe ser rechazado. Para el efecto, **(III.A.)** me referiré al marco normativo que antecede a la promulgación de la Norma Analizada y sobre el cual debe analizarse su constitucionalidad; **(III.B.)** explicaré porqué es inconstitucional que se fije el 6% como el umbral para considerar a una persona como accionista principal de una entidad financiera, y **(III.C.)** demostraré que los principios igualdad, no discriminación y no regresividad de derechos impiden regresar al umbral del 25% al 6%.

III

ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

III.A. Marco normativo que antecede a la promulgación de la Norma Analizada

9. El artículo 1 de la Constitución de la República caracteriza al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es decir, un Estado en el cual el ejercicio del poder

público está sometido a los derechos². Concordantemente, el artículo 3 numeral 1 de la Constitución prescribe que es deber primordial del Estado “garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución” y el artículo 11 numeral 9 ibídem establece que el “más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

10. La Constitución reconoce un catálogo amplio y no taxativo de derechos constitucionales que incluyen a los denominados derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos, difusos y de la naturaleza, entre otros. Todos estos derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía³. Adicionalmente, a todos estos derechos le son aplicables los principios de aplicación previstos en el artículo 11 de la Constitución, por lo que son exigibles, justiciables y de directa e inmediata aplicación por parte de toda autoridad.

11. Entre este catálogo de derechos, el artículo 66 numeral 15 de la Constitución reconoce y garantiza a las personas el “derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.” Al respecto, la doctrina ha señalado que este derecho garantiza que:

(...) toda persona, sea persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar o mantener con libertad cualquier actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la normativa constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma ilícita, y lo son solo las que la Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen”⁴.

12. Concordantemente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que este derecho consiste en “la libertad de ejercer cualquier actividad lícita dentro de los límites y regulaciones que el propio ordenamiento jurídico impone.”⁵. Por lo tanto, el derecho a desarrollar actividades económicas faculta a las personas a desarrollar todo tipo de actividades económicas lícitas, incluyendo las actividades financieras, a las que el artículo

² Ávila Santamaría, Ramiro, El constitucionalismo ecuatoriano, breve caracterización de la Constitución de 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pg. 967.

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. 6.

⁴ Tribunal Constitucional de Chile. Rol 280, 20.10.98, considerando 22.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 75-16-IN/21. Párr. 80.

308 de la Constitución las considera como servicios de orden público que pueden ejercerse previa autorización del Estado y de acuerdo con la ley.

13. Sin embargo, para analizar la constitucionalidad de la Norma Analizada, resulta importante señalar que el derecho a desarrollar actividades económicas, en el ámbito financiero, ha sido restringido directamente por la Constitución.

14. El texto original del artículo 312 de la Constitución publicada el 20 de octubre de 2008 introdujo dos restricciones al derecho a desarrollar actividades económicas, concernientes a las actividades financieras. Por un lado, el primer inciso del artículo 312 estableció que las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera. Por otro lado, el segundo inciso prohibió que entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas puedan participar en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social ⁶.

15. El 17 de enero de 2011 el entonces Presidente de la República, Econ. Rafael Correa Delgado, presentó a la Corte Constitucional un proyecto de enmienda de la Constitución y solicitó la emisión de un dictamen de constitucionalidad sobre (i) el procedimiento de reforma que correspondía aplicar, (ii) la constitucionalidad de la convocatoria a referendo y (iii) la constitucionalidad de las preguntas. Específicamente, la Pregunta 3 del proyecto planteó enmendar el primer inciso del artículo 312 de la Constitución para crear una nueva restricción al derecho a desarrollar actividades financieras⁷.

16. Dicha propuesta de enmienda fue manifiestamente inconstitucional pues implicaba una restricción a los derechos a realizar actividades económicas y a la igualdad y no discriminación, algo que no se podía hacer por vía de enmienda ni de reforma constitucional, según lo prescriben los artículos 11 numeral 4, 441 y 442 de la Constitución.

⁶ El artículo 312 de la Constitución publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 prescribía:
“Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera.

Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas. Cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, que será independiente de la institución y designado de acuerdo con la ley.”

⁷ La propuesta de enmienda al primer inciso del artículo 312 fue la siguiente:

“Art. 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.”

17. La enmienda, analizada detenidamente, tenía los siguientes objetivos: (i) ampliar la restricción al derecho a la libertad de empresa que afectaba sólo a entidades y grupos financieros, para incluir también a sus directores y *principales accionistas*, a fin de que éstos no puedan ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera; (ii) restringir el derecho de las empresas privadas de comunicación, de sus directores y de sus principales accionistas, para que no puedan ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad comunicacional, (iii) disponer que las personas que incurran en estas prohibiciones enajenen sus acciones en el plazo de un año⁸ y (iv) conferir a los organismos de control respectivos la facultad para regular esta disposición.

18. Para justificar esta enmienda, el entonces Presidente de la República manifestó que, a su juicio, el espíritu de la Constitución de Montecristi busca impedir que los grupos financieros privados y sus directivos, puedan tener el control del capital o participación en los medios de comunicación masiva privados y viceversa. Señaló que lo que pretende la Constitución es que los grupos financieros privados se dediquen exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde, y no tomen parte en otro tipo de actividades ajenas a su objeto. Finalmente, indicó que:

[...] la norma actualmente vigente del Art. 312 de la CRE, ha permitido que surjan algunas interpretaciones equívocas que en ciertos casos pueden contradecir el espíritu y finalidades que, en este sentido, tiene la Constitución. Por lo tanto, se hace necesario reformar el indicado Art. 312, para que el mismo tenga una mayor precisión y, de igual manera, establezca una prohibición mucho más clara y ajustada a los parámetros constitucionales, con el objeto de garantizar la independencia, tanto del sistema financiero, como de los medios de comunicación masiva privados, sobre todo de carácter nacional, con relación a otros grupos de poder dominantes o monopólicos, a efectos de evitar los consabidos conflictos de intereses...

19. El 15 de febrero de 2011 la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición emitió el Dictamen No. 001-11-DRC-CC que determinó que la Pregunta 3 era constitucional y que podía ser enmendada vía referéndum. En síntesis, la Corte Constitucional indicó que la enmienda tuvo como fin “la democratización del acceso a la propiedad de los medios de comunicación y la defensa social contra el conflicto de

⁸ El primer inciso de la Disposición Transitoria Vigésimo Novena de la CRE estableció: “Las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo”.

intereses en su manejo y administración”, y señaló que “este fin es plausible y legítimo desde el punto de vista constitucional”.

20. Además, la Corte Constitucional señaló que “también es claro que aquella iniciativa plantea una limitación al derecho fundamental de algunos ecuatorianos a tener una libre iniciativa económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 66, numeral 15, de la Carta Magna.” Si bien la Corte reconoció que era una limitación intensa, precisó que “éstas tienen un origen constituyente puesto que, de las actas de la Asamblea de Montecristi, se evidencia la clara intención de la Asamblea de poner fin a los tradicionales abusos de ciertos sectores políticos, económicos y sociales que llegaron a apropiarse del Estado como si fuera un bien privado”. Finalmente, la Corte indicó que:

El medio encontrado por el Constituyente para lograr este fin es ciertamente controvertido, pero esta limitación fue discutida y aprobada por el constituyente primario, según se desprende del artículo 312 de la Constitución; por lo tanto, se entiende que el soberano decidió auto-limitarse en su ámbito de autonomía.

Sin embargo, para que esta regla constitucional tenga efectos reales se requiere su complementación con ciertas sub-reglas que determinen mecanismos y condiciones para hacerlas efectivas. La regulación que plantea el ejecutivo no modifica en ningún aspecto el ámbito de esta restricción, sino que se limita a precisar algunos elementos que le permiten a la regla constitucional tener aplicación real y efectiva, tales como circunscribir su alcance a los medios de comunicación que tengan capacidad de constituirse en monopolios; que estos medios tengan un ámbito de influencia generalizado.

Desde este punto de vista, la iniciativa presentada por el Ejecutivo es constitucional, si se limita a establecer este tipo de mecanismos y condiciones que garantizan su aplicación efectiva; su alcance debe aclarar los contornos del ámbito de aplicación de los mismos, así como la facultad del legislativo para regularla.

21. Así, la Corte Constitucional de la época, órgano que debía hacer un control de constitucionalidad serio y apegado a las directrices establecidas en los artículos 443 y 104 de la Constitución y 127, 103, 104 y 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, analizó superficialmente la improcedencia de que a través de una enmienda se pueda restringir el derecho a la libertad de empresa de los directores y principales accionistas de entidades financieras. Debido al deficiente y prácticamente

inexistente control, la Corte Constitucional justificó a esta enmienda como un medio para alcanzar el supuesto fin de la Asamblea Constituyente de terminar los conflictos de intereses y “abusos la banca”, uno de varios sectores económicos que han sido constantemente estigmatizados por determinados grupos políticos.

22. El 7 de mayo de 2011 se aprobó la enmienda al primer inciso del artículo 312 de la Constitución en el referéndum celebrado el 7 de mayo de 2011⁹. La constitucionalidad y legitimidad del referido proceso de referéndum sigue siendo cuestionada, pues dicho proceso de democracia -meramente formal- apeló a la emocionalidad del electorado sobre temas polémicos relacionados a la prisión preventiva, casinos, salas de juegos, eventos taurinos y la propiedad de “banqueros”, con el fin último de “meter la mano en la justicia” y amordazar a los medios de comunicación. Finalmente, el 13 de julio de 2011 se publicó la enmienda al artículo 312 de la Constitución¹⁰.

III. B. Inconstitucionalidad de que se fije el 6% como el umbral para considerar a una persona como accionista principal de una entidad financiera

23. Sobre la base de lo expuesto, queda claro que la enmienda al artículo 312 de la Constitución, en forma concreta, tuvo por efecto introducir una prohibición *de jure* para que tres sujetos específicos, las *instituciones del sistema financiero privado*, sus *directores y principales accionistas*, en adición a los grupos financieros, no puedan desarrollar actividades económicas fuera del sistema financiero ni invertir en el capital de compañías que realizan actividades en otros sectores de la economía.

24. Desde nuestro punto de vista, la restricción aplica a dos sujetos cuya identificación no genera discusión: (i) instituciones del sistema financiero privado y (ii) sus directores. Sin embargo, la definición del tercer sujeto “principales accionistas” ha dado lugar a discusiones y diversas interpretaciones que son de la más alta relevancia constitucional, pues determinan el alcance de la restricción a un derecho fundamental. Por ende, de la interpretación que se haga del concepto de *principales accionistas*, puede derivar una mayor o menor restricción del derecho a desarrollar actividades económicas, ya que mientras más comprehensivo sea el concepto, más personas serán afectadas por la restricción y mayor será el ámbito de la prohibición.

⁹ El sí obtuvo un porcentaje del 47.19%, el No el 41.89%, Blancos 5.23% y Nulos 5.70%.

¹⁰ El artículo 312 de la CRE enmendado fue publicado en Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de julio de 2011 con el siguiente texto:

“Art. 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.”

25. Sobre la interpretación del concepto *principales accionistas* resulta necesario hacer varias aclaraciones. En primer lugar, según se desprende de la última oración del primer inciso del artículo 312 de la Constitución, la definición y el desarrollo de este concepto corresponde a los respectivos organismos de control, quienes están encargados de regular dicha disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente¹¹. Sobre este punto, cabe recordar que los organismos de control son los previstos en el artículo 213 de la Constitución, estos son, las superintendencias¹². Si bien generalmente es la ley la que determina las facultades específicas de estos organismos, el artículo 312 *ibídem* determina una facultad directa que, en nuestra opinión, no puede ser modificada o limitada por una norma de menor jerarquía.

26. El hecho que la Constitución otorgue a las superintendencias la facultad para establecer la subregla para la implementación del artículo 312 de la Constitución no es una cosa menor y tiene fundamentos legítimos. Los organismos de supervisión y control financieros cuentan con los recursos humanos y operativos para emitir normas técnicas que precautelen la estabilidad del sistema financiero. Estos organismos cuentan con la información, herramientas y capacidad operativa para regular de forma dinámica a un sistema financiero en constante cambio. Al contrario, la Asamblea Nacional no cuenta con estos recursos y no está llamada a regular cuestiones técnicas; simplemente debe crear el marco normativo orgánico apropiado, con las facultades y límites necesarios, para que los entes de supervisión y control puedan regular.

27. Bajo esta primera consideración, se evidencia que el concepto de “persona con propiedad patrimonial con influencia” fue indebidamente introducido en el Código Orgánico Monetario y Financiero por parte de la Asamblea Nacional. Dicho poder del Estado no tenía esa competencia de acuerdo con el propio artículo 312 de la Constitución, por lo que no debió definir la subregla para la aplicación de dicha norma constitucional.

28. En segundo lugar, cabe señalar que la Asamblea Nacional, en forma inconstitucional, interpretó que el concepto de *principales accionistas* aplicaba a las personas que posean el

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 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.**” (el énfasis nos corresponde)

¹² Constitución de la República del Ecuador, 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. (...)”

6% o más del capital suscrito y pagado del capital social de una entidad financiera. Así, en el Registro Oficial Suplemento No. 332 de 12 de septiembre de 2014, se publicó el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante el “COMF”). El artículo 169 del COMF estableció el concepto de “personas con propiedad patrimonial con influencia”, y lo definió de la siguiente manera:

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 menor valor de entre los siguientes numerales:

- 1. El 6% o más del capital suscrito y pagado o del capital social; o,*
- 2. Acciones o participaciones por un monto mayor o igual a seiscientas fracciones básicas exentas del impuesto a la renta.*

29. El concepto de “propiedad patrimonial con influencia” es esencial para la aplicación del artículo 312 de la Constitución que prohíbe a los principales accionistas de instituciones financieras privadas ser propietarios de acciones en de compañías no financieras y de ciertas limitaciones o prohibiciones establecidas en el COMF. Resaltamos la prevista en artículo 256 del COMF que prescribe lo siguiente:

*Las entidades financieras privadas y los accionistas de una entidad financiera privada que sean **personas con propiedad patrimonial con influencia**, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones o participaciones de empresas, compañías o sociedades mercantiles ajenas a la actividad financiera. Esta prohibición también es aplicable a los accionistas de una entidad financiera que, aun cuando individualmente considerados no sean personas con propiedad patrimonial con influencia, a criterio del organismo de control mantengan nexos económicos, societarios de negocios y/o familiares y en conjunto superen los porcentaje o valores del artículo 169, o que conformen una unidad de interés económico, de conformidad con este Código. Tampoco podrán participar como accionistas en empresas ajenas a la actividad financiera los administradores de las entidades financieras.” (el énfasis me corresponde)*

30. Como se observa, el artículo 256 del COMF es el mecanismo diseñado por la Asamblea Nacional para implementar el mandato contenido en el artículo 312 de la Constitución que, a nuestro juicio, amplía en forma inconstitucional la restricción al derecho a desarrollar actividades económicas. Por otro lado, también es claro que el concepto “persona con propiedad patrimonial con influencia” tiene la intención de reglar el concepto

de “principales accionistas” determinado en la Constitución, que como vimos debe desarrollarse por una subregla con el fin de hacerla efectiva, como lo indicó en su momento la Corte Constitucional para el Período de Transición¹³.

31. Ahora bien, la facultad para dictar la subregla no permite a la Asamblea Nacional ni a los organismos de control ampliar el ámbito de la restricción constitucional. En otras palabras, aun cuando la norma constitucional permitió que esta restricción sea regulada, aquello no abrió la puerta para que la restricción sea aumentada para alcanzar a otros sujetos que no están especificados en la norma constitucional, ni para modificar ni aumentar el objeto de la prohibición. Es decir, la subregla de jerarquía infraconstitucional no puede restringir más de lo que la Constitución expresamente prohíbe.

32. El derecho a desarrollar actividades económicas, al igual que cualquier otro derecho, está protegido por el “principio de no restricción de los derechos” reconocido en los artículos 11 numeral 4 y 84 de la Constitución. Específicamente, el artículo 84 establece que en ningún caso los actos normativos “atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución” y el artículo 11 numeral 4 prescribe que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional explica:

81. En este sentido, el derecho a desarrollar actividades económicas no es absoluto y encuentra su límite en lo determinado por el ordenamiento jurídico y pueden ser regulados mediante el procedimiento legislativo establecido en el artículo 132 de la Constitución. De esta manera, la normativa expedida debe adecuarse formal y materialmente a dicho derecho, sin restringir su contenido, conforme los artículos 84 y 11, número 4, de la Constitución.

82. La Corte Constitucional ha señalado que el principio de no restricción de los derechos implica que éstos no pueden ser disminuidos injustificadamente por el órgano legislativo u otros poderes públicos y “sin llegar al extremo de desnaturalizar el contenido del derecho limitado”.¹⁴ (énfasis añadido)

33. Bajo estos criterios, consideramos que la facultad conferida a los órganos de control para regular la prohibición del artículo 312 de la Constitución no podía desembocar en la

¹³ Ver párrafo 20 *supra*.

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 75-16-IN/21. Párr. 81 y 82.

creación de nuevas restricciones que disminuyan el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas.

34. Con este análisis presente, corresponde revisar el concepto “persona con propiedad patrimonial con influencia” recogido en el artículo 169 del COMF, el cual ha sido reformado en dos ocasiones, siendo la última la efectuada mediante la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19. Mediante la Norma Analizada, se elevó el umbral de propiedad del 6% al 25% del capital suscrito y pagado o del capital social para ser considerado persona con propiedad patrimonial con influencia. Así, una persona que es propietaria directa o indirecta del 25% o más del capital social de una entidad financiera privada es una persona con propiedad patrimonial con influencia, lo que equivale ser un “principal accionista” de acuerdo con el artículo 312 de la Constitución.

35. Ahora bien, como se indicó previamente, el umbral utilizado era del 6% desde la emisión del COMF el 12 de septiembre de 2014 hasta la publicación de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19 el 29 de noviembre de 2021. Es decir que por aproximadamente 8 años se consideró como principal accionista de una entidad financiera a quien era propietario del 6% o más del capital social. Creemos que elevar dicho porcentaje de propiedad al 25% corrige ligeramente una grave inconstitucionalidad, aunque sigue siendo insuficiente.

36. Utilizamos la palabra grave ya que la determinación de un umbral del 6% e incluso del 25% o más para considerar a una persona “principal accionista” es un error evidente que no tiene justificación constitucional, técnica o lógica alguna. No hay explicación para convertir en “principales accionistas” a personas que con dichos porcentajes de participación (6% o 25%) podrían ser accionistas minoritarios de una determinada empresa, dependiendo de cómo esté conformado su capital social. Bajo este ilógico criterio, una compañía financiera podría tener hasta 16 accionistas principales con el 6% del capital, y en otro caso, un accionista sería considerado principal con el 25% del capital, pese a que la mayoría de accionistas controle el 70% restante¹⁵.

37. Un concepto que es mundialmente aceptado es que principales accionistas son las personas que poseen el mayor porcentaje de acciones¹⁶, y por tanto el control en la organización, al contrario de los accionistas minoritarios que poseen un bajo porcentaje de acciones, y por tanto menos poder. Desde luego, la calidad de principal accionista depende mucho de las características de la empresa. Por ejemplo, en una compañía que cotiza en bolsa, y que por tanto tiene cientos o miles de accionistas, es muy probable que el principal accionista sea una persona que tiene una participación accionarial reducida. Al contrario, en

¹⁵ Eduardo Carmigniani, ¿Principal con 6%? Diario Expreso. 11 de junio de 2021.

¹⁶ BBVA, Glosario de Términos, <https://www.bbva.es/diccionario-economico/a/accionista-mayoritario.html>

compañías privadas (que no cotizan en bolsa), que usualmente tienen pocos accionistas, es probable que el principal accionista sea la persona que tiene el porcentaje mayoritario de acciones. Este es el caso más probable en Ecuador, donde la gran mayoría de entidades financieras son privadas y sus acciones no cotizan en bolsa.

38. Pongamos un ejemplo. Una entidad financiera ecuatoriana tiene 3 accionistas. Uno propietario del 50% de las acciones y por tanto accionista mayoritario, quien tiene el mayor poder en la organización. Los otros dos accionistas tienen el 25% de las acciones cada uno y por tanto no tienen la mayoría accionarial para ejercer el control de la organización. A pesar de que dichas personas individualmente no tienen el control, bajo la legislación ecuatoriana son “personas con propiedad patrimonial con influencia”; es decir, bajo los criterios del COMF, estas personas son “principales accionistas” y por tanto no pueden invertir en acciones o participaciones de compañías ajenas a la actividad financiera. Como se observa, el criterio es, a todas luces, incoherente.

39. Ahora, hagamos el mismo análisis considerando el texto del artículo 169 del COMF previo a la reforma introducida por la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19, que planteaba un umbral de propiedad del 6% de propiedad de las acciones para ser considerado “persona con propiedad patrimonial con influencia”. Supongamos que una entidad financiera tiene 1 accionista propietario del 52% de las acciones y por tanto es el accionista mayoritario que controla la organización. Sin dudas, esta persona es un “principal accionista” bajo la disposición del Art. 312 de la Constitución. Sin embargo, por otro lado, la entidad cuenta con 8 accionistas minoritarios con 6% del capital social de la entidad cada uno. Bajo el anterior texto del artículo 169 del COMF dichos accionistas eran considerados “personas con propiedad patrimonial con influencia” y, por tanto, estaban sujetos a las prohibiciones establecidas en los artículos 312 de la Constitución y 256 del COMF, lo cual es absurdo.

40. Ahora bien, ¿existe algún criterio válido para justificar que cada una de esas personas con el 6% de las acciones de la entidad son principales accionistas? De ninguna forma. Dichos accionistas no pueden ni podrán ejercer el control de la sociedad y ni siquiera están facultados para apelar de las decisiones de la mayoría¹⁷.

41. Como se aprecia, la Norma Analizada que elevó el porcentaje accionarial para que una persona sea considerada “persona con propiedad patrimonial con influencia”, corrigió parcialmente una evidente inconstitucionalidad que contenía dicha disposición legal, por vulnerar, entre otros, el derecho a desarrollar actividades económicas. No obstante, como se analizó antes, el umbral del 25% o más sigue siendo injustificado, insuficiente y arbitrario,

¹⁷ Ley de Compañías. “Art. 249. En toda compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar de las decisiones de la mayoría. [...]”

puesto que no en todos los casos dicho porcentaje significará que un accionista tenga poder de control y dirección en la entidad financiera.

42. Consideramos que el problema fundamental radica en la construcción del concepto de “persona con propiedad patrimonial con influencia”. El texto actual, como se analizó, es arbitrario y antitécnico. De ninguna forma guarda coherencia con el objetivo del artículo 312 de la Constitución sobre imponer límites a los accionistas principales de una entidad financiera. Un concepto técnico establecería como criterio para definir principales accionista a la persona que tenga control de la sociedad, bajo un examen caso a caso, independientemente del porcentaje de acciones que tenga.

III.C. Los principios igualdad, no discriminación y no regresividad de derechos impiden regresar del umbral del 25% al 6%

43. Por otro lado, es importante señalar que cuando el artículo 312 de la Constitución prohíbe que los principales accionistas de entidades financieras sean propietarios de acciones en el capital social de entidades no financieras, no sólo se restringe el derecho a desarrollar actividades económicas, sino que también existen importantes repercusiones para el derecho a la igualdad y no discriminación. Esto sucede porque la Constitución introdujo un criterio de distinción personal -ser principal accionista de una entidad financiera- para poder ejercer un derecho -adquirir acciones de compañías no financieras- que puede ser ejercido por la generalidad de las personas.

44. Si bien en este caso la Corte Constitucional no puede dejar sin efecto la restricción del artículo 312 de la Constitución, sí puede asegurarse que su aplicación sea lo menos restrictiva posible, a fin de que el derecho a desarrollar actividades económicas sea interpretado de la manera más favorable a su efectiva vigencia, según lo exige el artículo 11 numeral 3 de la Constitución¹⁸. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede establecer que la aplicación de esta prohibición sea lo menos restrictiva posible, para que se cumpla el objeto textual de la prohibición sin afectar ni discriminar a más personas que aquellas estrictamente necesarias para lograr el fin que persigue la norma constitucional.

45. En otras palabras, aún cuando la Corte Constitucional no puede eliminar la frase “principales accionistas” introducida al artículo 312 de la Constitución en forma inconstitucional a través de la enmienda del año 2011, sí puede interpretar la prohibición aplicable a los accionistas principales de la forma más restrictiva posible, con la finalidad de que no se reduzca en forma injustificada el universo de las personas que pueden invertir en

¹⁸ Constitución de la República. Art. 11.5. “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

el capital de compañías no financieras. Si la restricción del artículo 312 de la Constitución se ajusta de la forma más ceñida posible a la intención de la enmienda que fue impedir que personas que controlan las entidades financieras tengan conflictos de intereses como propietarios de otros grupos económicos dominantes, entonces es claro que el umbral del 6% no es idóneo ni necesario para alcanzar dicho fin constitucional.

46. Contrariamente, si a través de la sentencia que dicte la Corte Constitucional se ordenase regresar al umbral del 6%, muchos accionistas de entidades financieras que no son *principales accionistas* y que no tienen el control de la entidad ni tampoco la aptitud para incurrir en los supuestos “conflicto de intereses” con otros grupos económicos, se verían discriminados de la oportunidad de desarrollar actividades económicas lícitas en otros sectores de la economía. Por lo tanto, no hay duda de que la Corte Constitucional debe interpretar el derecho a la libertad de empresa de la forma más favorable posible, favoreciendo antes que restringiendo el ejercicio de este.

47. Finalmente, cabe señalar que sin perjuicio de los argumentos antes desarrollados, el principio de no regresividad impediría regresar a un umbral más restrictivo para el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas. El artículo 11 de la Constitución establece que el ejercicio de los derechos se rige por diversos principios, entre ellos, el numeral 8 prescribe que “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. [...]. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”

48. La Corte Constitucional ha señalado que el principio de no regresividad implica que si un derecho, en su configuración, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel no puede ser menoscabado de forma injustificada:

Así, el principio constitucional de no regresividad se constituye en un límite a la potestad legislativa y al principio de libertad de configuración normativa, en tanto todo acto normativo que desarrolle un derecho constitucional, debe efectuar todos los esfuerzos por respetar su grado de protección expresamente reconocido, so pena de incurrir en una inconstitucionalidad¹⁹.

49. En este caso, si se llegase a aceptar la alegación de los accionantes y se regresara al umbral del 6% para considerar a una persona con influencia patrimonial, se retrocedería en el desarrollo del alcance del ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas frente a la prohibición del artículo 312 de la Constitución. Aun cuando la Norma Analizada incrementó el umbral al 25% que todavía resulta insuficiente, sin duda representa un avance

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 16-16-IN/22 y Acumulados. Párr. 107.

significativo para el ejercicio del derecho. Sin embargo, los accionantes pretenden volver al 6% sin alegar una justificación de suficiente peso exigible al Estado, para que sea aceptable retroceder en dicho avance.

50. En particular, los accionantes no acreditan el cumplimiento de los criterios establecidos por la Corte Constitucional para verificar si una medida regresiva es justificada o no. Primero, la reducción del umbral del 25% al 6% ciertamente representaría un retroceso en el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, ya que en la práctica significará que un número significativo de personas que no estaban comprendidas en la prohibición del artículo 312 de la Constitución y desde la vigencia de la Ley Orgánica Para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19 invirtieron en el capital social de compañías no financieras, ahora estarán inmersos en la prohibición y se verán impedidos de desarrollar actividades no financieras.

51. Segundo, la reducción del porcentaje al 6% no está justificada en función de la satisfacción o cumplimiento de otros derechos. En ninguna parte de la demanda los accionantes explican cómo el retroceso sería idóneo, necesario y proporcional para la consecución de fines constitucionales legítimos. Los accionantes simplemente alegan, en forma abstracta y vaga, que el incremento del umbral al 25% buscó eludir la restricción del artículo 312 de la Constitución, pero no demuestran como sucede aquello. Finalmente, bajo la *“consideración más cuidadosa”* del test de no regresividad, existen otras alternativas menos lesivas respecto de la interpretación del concepto de principales accionistas, que no están atadas a un porcentaje, como se explicó previamente en este escrito.

VI SOLICITUD

52. Por todo lo expuesto, solicito atentamente que se sirvan admitir el escrito de amicus curiae de amicus curiae, y se consideren los argumentos expuestos al momento de resolver.

53. Recibiré notificaciones en el correo electrónico: mrodriguez@asobanca.org.ec, dortiz@pbplaw.com y jsimone@pbplaw.com

Muy atentamente,

Marco Antonio Rodríguez
Vicepresidente Ejecutivo