

## SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

1. Marco Antonio Rodríguez Proaño, ecuatoriano, mayor de edad, de profesión abogado, en mi calidad de Vicepresidente Ejecutivo de la **Asociación de Bancos Privados del Ecuador**, entidad con domicilio en la Avenida República de El Salvador N35-204 y Suecia, Edificio Delta 890, Piso 7, en uso del derecho que me concede el primer inciso del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ante ustedes respetuosamente comparezco y presento el siguiente *amicus curiae*, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad signada con el número 0024-18-IN:

### I COMPARECENCIA

2. La Asociación de Bancos del Ecuador (en adelante “ASOBANCA”), es una entidad gremial sin ánimo 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 y representar a todas 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. En el Caso No. 0024-18-IN se analiza la constitucionalidad de normas jurídicas que son incompatibles con la Constitución de la República del Ecuador (en lo posterior “CRE”) por atentar contra derechos fundamentales de las entidades del sector financiero privado agremiadas en la ASOBANCA. En adición a los argumentos que sustentan la demanda presentada por el señor Juan Pablo Egas Sosa, y que a mi criterio tienen pleno fundamento, este escrito tiene por objeto demostrar cómo las normas cuya inconstitucionalidad se acusa, en realidad, no solo afectan a los derechos de las entidades financieras privadas y sus accionistas, sino que producen efectos sistémicos perjudiciales para el sistema financiero ecuatoriano y a la sociedad.

### II SOBRE EL MARCO NORMATIVO QUE ANTECEDIÓ A LA PROMULGACIÓN DE LAS NORMAS IMPUGNADAS

4. El artículo 312 de la CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, prohibió que entidades financieras privadas, sus representantes legales, directores y accionistas puedan participar en el control del capital, la inversión o el

patrimonio de los medios de comunicación. Esta disposición introdujo al ordenamiento jurídico ecuatoriano una restricción intensa al derecho de las entidades financieras privadas, sus representantes, directores y accionistas a la libertad de empresa, también conocido como el derecho a desarrollar actividades económicas que está reconocido en el artículo 66 número 15 de la CRE.

5. El artículo 312 de la CRE fue enmendado vía referéndum constitucional, según consta en el Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de julio de 2011, para ampliar la restricción al derecho a la libertad de empresa. La enmienda prohibió que las entidades financieras privadas, sus directores y principales accionistas sean titulares, directa o indirectamente, en empresas ajenas a la actividad financiera. Así, se afectó intensamente el derecho a la libertad de empresa que garantiza a toda persona la posibilidad de invertir o desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional.

6. El resultado de la enmienda al artículo 312 de la CRE fue que una persona natural o jurídica que invierte en banca está prohibida de invertir o desarrollar actividades económicas en otro sector de la economía. Esta enmienda se aprobó a través de un proceso de referéndum y consulta popular impulsado en el año 2011 por el expresidente Rafael Correa Delgado, cuya legitimidad y constitucionalidad sigue siendo cuestionada. Dicho procedimiento nominalmente democrático apeló a la emocionalidad del elector 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.

7. La legitimidad de la enmienda al artículo 312 de la CRE se vuelve aún más cuestionable cuando 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 CRE y 127, 103, 104 y 105 de la LOGJCC, analizó superficialmente la posibilidad de que a través de una enmienda se pueda restringir el derecho a la libertad de empresa de las entidades financieras, sus directores y accionistas. 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 abusos de sectores económicos como la banca, uno de varios sectores económicos que han sido constantemente estigmatizados.

8. Específicamente, en el Dictamen No. 001-11-DRC-CC de 15 de febrero de 2011, la Corte Constitucional indicó que esta restricción al derecho a la libertad de empresa ciertamente era un medio controvertido para alcanzar dicho fin, pero que finalmente era necesario para democratizar el acceso a la propiedad de los medios de comunicación,

terminar conflictos de intereses en su manejo y administración y “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”<sup>1</sup>.

9. Con estos escasos argumentos, la Corte Constitucional consideró que la enmienda al artículo 312 de la CRE no modificaba en ningún aspecto el ámbito de la restricción previamente establecida por la Asamblea Constituyente, sino que precisó algunos aspectos para que tenga aplicación real y efectiva. En consecuencia, al constatar que la enmienda no establecía una nueva restricción al derecho a la libertad de empresa, la Corte Constitucional dio paso para que dicha propuesta se tramite a través de un procedimiento de referéndum constitucional. Igualmente, la Corte Constitucional dio su aprobación sobre los considerandos y cuestionario formulado.

10. El Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante “COMF), publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 332 de 12 de septiembre de 2014, estableció nuevas restricciones al derecho a libre empresa de las entidades financieras, sus directores y de sus accionistas. En adición a que estas personas ya no podían invertir ni desarrollar otro tipo de actividades económicas, el COMF amplió todavía más el ámbito de la restricción al referido derecho constitucional, al punto que entidades financieras y personas naturales que tenían inversiones en grupos financieros, en otros bancos locales y/o extranjeros o que estaban vinculados con otras entidades financieras mediante convenios de asociación, se vieron obligados a desinvertir sus acciones.

11. Las restricciones introducidas por el COMF, en resumen, son las siguientes:

- a. El Art. 399 del COMF dispuso que:
  - i. No podrán ser accionistas de entidades financieras privadas otras entidades financieras privadas (excepto en subsidiarias o afiliadas que conformen un grupo financiero).
  - ii. Las personas naturales o jurídicas que tengan propiedad patrimonial con influencia de una entidad bancaria privada solo podrán ser accionistas de otra, mientras no adquieran propiedad patrimonial con influencia en la otra entidad<sup>2</sup>.
  
- b. El artículo 417 del COMF establece que:

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Dictamen No. 001-11-DRC-CC de 15 de febrero de 2011

<sup>2</sup> El artículo 169 del COMF considera personas con propiedad patrimonial con influencia a las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente, el 6% o más del capital social.

- i. Un grupo financiero no podrá estar integrado por más de un banco nacional ni por más de una sociedad de servicios financieros y de servicios auxiliares del sistema financiero nacional, dedicados a la misma actividad.
    - ii. Las entidades financieras del exterior, subsidiarias o afiliadas del banco nacional también formarán parte del grupo financiero.
  - c. La Disposición Transitoria Vigésimo Quinta del COMF prescribe que:
    - i. Dentro del plazo de un año desde la vigencia de la ley, 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.
  - d. La Disposición Transitoria Vigésimo Sexta del COMF dispone que:
    - i. Las entidades financieras privadas y sus accionistas, en el plazo de un año desde la vigencia de la ley, deberán desinvertir sus acciones en las entidades financieras del extranjero que se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.
12. Estas restricciones tuvieron efectos particulares importantes para varias entidades financieras y sus accionistas que ya no podían seguir siendo parte de un grupo financiero, y debieron desinvertir sus acciones en el capital de otras entidades financieras locales y extranjeras. Asimismo, bancos fueron forzados a enajenar las acciones que adquirieron previamente en el capital de otros bancos para cumplir con los convenios de asociación suscritos al amparo de la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero. Finalmente, otras sociedades financieras debieron iniciar procesos de conversión a bancos, pero cumpliendo con las obligaciones de desinversión.
13. En este escenario, para dar cumplimiento a la ley, las entidades financieras y sus accionistas transfirieron la propiedad de sus acciones a fideicomisos mercantiles que, según lo dispone el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, es un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica propia. Estos fideicomisos se crearon, como lo permite esta norma, para que la fiduciaria cumpla con las finalidades específicas instituidas en los contratos de constitución en favor de los propios constituyentes que, en estos casos, era la enajenación de las acciones aportadas de conformidad a las instrucciones fijadas en el contrato por los constituyentes.

## SOBRE LA PROMULGACIÓN DE LAS NORMAS IMPUGNADAS

14. Pese a que las entidades financieras privadas y sus accionistas dieron cumplimiento a la obligación de desinversión pues, en estricto derecho, transfirieron la propiedad de sus acciones a un patrimonio autónomo, dichas acciones no pudieron ser enajenadas debido al marco normativo vigente que restringe la posibilidad de invertir en el sistema financiero privado. No obstante, el gobierno de la época consideró que dichas transferencias de acciones no cumplieron con el mandato de desinversión y que las personas afectadas no querían cumplir, por lo que promovió la introducción de un nuevo mecanismo legal que, sin seguir un proceso de expropiación formal, tenía por objetivo privar a estas personas de su propiedad.

15. En este contexto, se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 986 de 18 de abril de 2017 la Disposición Reformativa 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 COMF, que, en forma resumida, prescriben lo siguiente:

- a. CUADRAGÉSIMA TERCERA.- En el plazo de treinta días, los constituyentes de los fideicomisos creados para dar cumplimiento con las desinversiones ordenadas en las Disposiciones Transitorias Vigésima Quinta y Vigésima Sexta del COMF 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.
- b. CUADRAGÉSIMA CUARTA. - 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 el plazo de treinta días, 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.

- c. El incumplimiento de estas dos disposiciones dará lugar a que la Superintendencia de Bancos disponga la enajenación en pública subasta de las acciones aportadas al patrimonio de dicho fideicomiso.

16. Luego, en el Registro Oficial No. 1001 de 10 de mayo de 2017, se publicó la Resolución No. SB-2017-296 de la Superintendencia de Bancos que tenía por objeto la aplicación de las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del COMF. Estos dos actos normativos (de carácter legal y reglamentario) fueron impugnadas en la demanda de inconstitucionalidad presentada por el señor Juan Pablo Egas Sosa que dio inicio al presente caso. En lo posterior, me referiré a ellas en forma conjunta como “las normas impugnadas”.

17. Las normas impugnadas, cuyos vicios de inconstitucionalidad y afectación a los derechos de las entidades financieras y de sus accionistas analizaré en el siguiente acápite, partieron de la indebida suposición de que los constituyentes de los fideicomisos nunca llegarían a disponer al fiduciario la enajenación de las acciones. El gobierno de turno no consideró (o a propósito obvió considerar) que el marco normativo antes descrito obstaculiza la enajenación de las acciones y, de hecho lo ha hecho hasta la fecha, pues las acciones desinvertidas no han podido ser enajenadas.

18. Por lo tanto, en la Sección V de este escrito, terminaré señalando como las barreras estructurales creadas por el COMF vedan la enajenación de las acciones, a fin de que la Corte Constitucional conozca que la falta de enajenación no es atribuible a la falta de voluntad de los constituyentes, sino a las antedichas restricciones. Finalmente, explicaré como este marco normativo inconstitucional genera afectaciones sistémicas al sistema financiero nacional y a la sociedad, impidiendo el cumplimiento de los objetivos del sistema financiero previstos en la Constitución.

#### IV

### **SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS IMPUGNADAS Y LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **A. Violación del derecho a la libertad de contratación**

19. El artículo 66 numeral 16 de la Constitución reconoce “el derecho a la libertad de contratación”. Este derecho se fundamenta en el acuerdo o convención libre de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar

o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial<sup>3</sup>. La libertad y autonomía de voluntad son la base necesaria que asegura la Constitución para que pueda existir un acuerdo de voluntades que da fruto a un contrato.

20. La Corte Constitucional ha señalado que este derecho asegura “la posibilidad de las partes de decidir con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual...”<sup>4</sup> y que implica “el inmenso ámbito que poseen estas para decidir celebrar contratos y determinar su contenido, así como las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades estarán regidas por la autonomía de la voluntad de los contratantes.”<sup>5</sup>

21. La Corte Constitucional, por tanto, ha identificado las siguientes *características esenciales* que conforman el *contenido mínimo* del derecho: (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 imponen<sup>6</sup>.

22. Una vez identificado el contenido constitucional del derecho a la libertad de contratación, se vuelve evidente que las normas impugnadas restringen el derecho y, por ende, son inconstitucionales.

23. En primer lugar, se debe recordar que para cumplir con los mandatos de desinversión, las entidades financieras y sus accionistas transfirieron la propiedad de sus acciones a fideicomisos mercantiles. Esta desinversión fue lícita y cabal, pues las acciones se aportaron a una persona jurídica independiente creada por el acuerdo de voluntades de las partes, recogido en un contrato de fideicomiso mercantil que está expresamente previsto en la ley. Adicionalmente, el contenido de dichos contratos fue definido por la autonomía reguladora de las partes, quienes tienen libertad para definir los términos de los contratos, siempre que no se atente contra el orden público.

24. En segundo lugar, la celebración de estos contratos de fideicomisos generó situaciones jurídicas subjetivas que no podían ser modificadas arbitrariamente, toda vez que los constituyentes adquirieron derechos patrimoniales que no podían ser afectados por una nueva ley. En particular, la constitución de los fideicomisos confirió a los constituyentes el derecho patrimonial para recibir el precio de las acciones que luego se enajenen a un tercero, es decir, a través de una segunda transferencia de dominio de las

---

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional de Perú. (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47).

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 134-14-SEP-CC.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 171-14-SEP-CC.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia 7-15-IN/21. Párr. 26.

acciones, según los términos y las instrucciones que estos den a la fiduciaria tal y como se acordó libremente en los contratos de fideicomiso.

25. En tercer lugar, esta situación jurídica subjetiva creada por la autonomía de la voluntad de las partes fue arbitrariamente interferida por las normas impugnadas, pues obligaron a los constituyentes a reformar dichos contratos de fideicomiso, mediante la incorporación de nuevas cláusulas y obligaciones que no estaban vigentes al momento de su suscripción, que no nacen de su voluntad y que no se fundamentan en el orden público. Así, las normas impugnadas interfieren abrupta y arbitrariamente en la autonomía de la voluntad de las partes, obligándoles a reformar contratos existentes para incluir cláusulas que menoscaban sus derechos adquiridos.

26. En cuarto lugar, está claro que las normas jurídicas vulneran la libertad de contratación, en su elemento de libertad de conclusión, pues obligan a personas a suscribir contratos o fideicomisos mercantiles, en contra de su voluntad, bajo la amenaza de que se dispondrá de sus derechos patrimoniales. Ciertamente, una cosa es que para garantizar el orden público o derechos de terceros, se establezcan límites a la autonomía de la voluntad o que la ley disponga la inclusión de estipulaciones mínimas previamente a la celebración de ciertos contratos y, otra cosa muy distinta, es que la ley obligue a personas a suscribir o reformar contratos, de tal forma que estos actos nazcan aparentemente a la vida jurídica sin el elemento esencial de su validez: la voluntad.

27. En quinto lugar, además de que las normas impugnadas vacían de contenido al derecho a la libertad de contratación pues presuponen que contratos pueden celebrarse o reformarse sin que exista voluntad de las partes, dicha celebración o reforma también afecta a la libertad de configuración interna del contrato, como componente esencial del derecho a la libertad de contratación. Esto sucede porque, en esencia, las cláusulas que se obligan a incorporar en los fideicomisos mercantiles le facultan a la Superintendencia de Bancos para decidir a quien vender las acciones, cuando hacerlo y para configurar el contenido del contrato de venta, sustituyendo las reglas fijadas por el constituyente en el contrato de fideicomiso, por la voluntad de dicha entidad pública.

28. El contenido de un contrato celebrado, con base en la libertad de configuración interna asegurada por la CRE, no puede ser modificado arbitrariamente por el Estado para el cumplimiento de algo no previsto por el constituyente al momento de su suscripción. La potestad del constituyente para instruir al fiduciario sobre la venta de las acciones, así como la definición del contenido del mismo, que incluye el precio, plazos, modalidades y demás condiciones, no puede ser trasladada al Estado, pues aquello implicaría que este tiene la potestad para definir a su capricho el contenido de un contrato suscrito por un particular y disponer de los derechos patrimoniales generados por este.

29. En definitiva, las normas impugnadas obligan a los constituyentes de los fideicomisos a ceder y renunciar a su autonomía contractual, básicamente para que la Superintendencia de Bancos decida, en su lugar, sobre la suscripción del contrato de venta de las acciones, y para que esta entidad fije las modalidades, plazos y condiciones del contrato. El efecto último es que a través de una figura legal y “aparentemente contractual” se ha suprimido la autonomía de voluntad del constituyente y su potestad para configurar internamente el negocio jurídico, a fin de que la Superintendencia de Bancos pueda disponer de los derechos patrimoniales del constituyente, en violación de los artículos 11 número 4 y 6, 66 número 15, 82 y 84 de la CRE.

### **B. Violación del derecho a la propiedad**

30. El artículo 66 número 26 de la CRE reconoce y garantiza a las personas el “derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la propiedad es un derecho fundamental que conlleva, por un lado, una obligación por parte del Estado para promover su acceso y, por otro, una limitación para que el mismo no lo menoscabe ni vulnere, es decir, genera obligaciones de prestación y abstención.<sup>7</sup>

31. El artículo 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), reconoce el derecho a la propiedad privada y prescribe que:

*1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

*2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

32. El derecho a la propiedad comprende la posesión de todo tipo de bienes y derechos, es decir, todo lo que tenga un valor económico.<sup>8</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo posterior “Corte IDH”) ha señalado que por “bienes” deben entenderse todas aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia 146-14-SEP-CC.

<sup>8</sup> María Teresa Soler Roch, Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de protección de los derechos humanos, <https://web.ua.es/es/protocolo/documentos/lecciones/leccion-inaugural-2011-2012.pdf>

<sup>9</sup> Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párrs. 120-122; Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, párr. 55, y Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría), párr. 84.

33. En esta clasificación claramente se encuentran los derechos patrimoniales que los constituyentes tienen en los fideicomisos. Como se ha explicado antes, la celebración de los contratos de fideicomisos bajo el marco normativo a la fecha generó derechos adquiridos que garantizaban dos cosas fundamentales a los constituyentes: (i) disponer al fiduciario sobre la venta de las acciones y establecer las condiciones internas del contrato de venta que se suscribiría, de conformidad a lo establecido al momento de constitución de los fideicomiso mercantiles y, (ii) recibir el fruto de la enajenación de las acciones, según los términos estipulados en los fideicomisos.

34. No obstante, las normas impugnadas introducen un mecanismo de expropiación indirecta que priva a los constituyentes de los fideicomisos de sus derechos patrimoniales. Esto sucede porque, sin una declaratoria de utilidad pública o de interés social, se crea mediante ley una obligación para los constituyentes suscriban o reformen contratos de fideicomiso que, en forma específica, trasladan a la Superintendencia de Bancos la potestad para disponer de sus derechos patrimoniales. En caso de que esa obligación no se cumpla por los constituyentes, la ley dispone que la Superintendencia dispondrá la subasta pública de las acciones aportadas al fideicomiso.

35. De esta forma, la ley genera un mecanismo por el que aparentemente, el propio constituyente de los fideicomisos cede en forma voluntaria al Estado la potestad para disponer sobre su propiedad. Luego de que el Estado obligó al constituyente a desinvertir sus acciones y este dio cumplimiento a la ley mediante la constitución de fideicomisos, las normas impugnadas modifican la situación jurídica creada al amparo de la voluntad de las partes, de tal forma que el Estado unilateralmente puede disponer de las acciones y privar al constituyente de sus derechos adquiridos en el fideicomiso, pues este no podrá oponerse a la decisión de la Superintendencia de Bancos de enajenar las acciones, bajo el precio, plazos y condiciones que esta fije.

36. Por lo tanto, las normas impugnadas violan el derecho a la propiedad de los constituyentes pues se crea una situación inaceptable que permite que estas personas sean privadas de sus bienes (sea mediante la enajenación dispuesta por la Superintendencia de Bancos o sea mediante la subasta pública de las acciones en caso de no reformar los fideicomisos) sin previa justa valoración, indemnización y pago. No hay ninguna garantía prevista en la ley que asegure que la privación de los derechos patrimoniales de los constituyentes cumplirá con los condicionamientos previstos en la CRE y en la CADH para privar a una persona de su propiedad.

37. En primer lugar, no hay ninguna razón de utilidad pública o de interés social ni de relevancia constitucional que justifique el fin de estas normas legales. Esto no puede ser objeto de discusión pues, en la audiencia pública, la Presidencia de la República y la

Superintendencia de Bancos se allanaron a la demanda, y el representante de la Asamblea Nacional reconoció que se trataba de una figura expropiatoria pero que no respondía a una utilidad pública o interés social legítima. Este representante no pudo sustentar el interés legítimo que justificaría esta medida, salvo “el interés de pocos en sacrificar sus intereses personales por el bienestar del país”, sin más explicación.

38. En segundo lugar, al examinar las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del COMF, usted podrá verificar que no existe ningún mecanismo que garantice el pago de un justo precio por las acciones. La garantía del pago del justo precio, como un condicionante esencial de la validez de una privación del derecho a la propiedad reconocido en la CRE y en la CADH, necesariamente debe constar en una ley, en sentido formal, y no puede ser dejada al arbitrio de la propia Superintendencia de Bancos, a quien se le traslada la potestad para disponer sobre la enajenación de las acciones. Una vez constituidos o reformados los fideicomisos, en los términos exigidos por las normas impugnadas, el constituyente no tiene un mecanismo para oponerse al precio, plazo o condiciones fijadas unilateralmente por el Estado.

39. Finalmente, está claro que aún si este mecanismo fue introducido por ley, este no puede ser considerado como un mecanismo adecuado y necesario en una sociedad democrática para afectar el derecho a la propiedad. Esto es así, puesto que bajo ningún concepto se podría admitir en una democracia como válido un medio que suprime las facultades inherentes de la libertad de contratación de una persona. Si en realidad existiera un interés público en la enajenación de las acciones (que no existe), el Estado debió seguir un proceso expropiatorio con todas las garantías constitucionales y convencionales, mas no usar un medio que anula la autonomía contractual y que permite que los bienes de una persona sean privados sin observar las garantías constitucionales.

## V

### **SOBRE LAS AFECTACIONES ESTRUCTURALES QUE ESTA SITUACIÓN OCASIONA AL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL**

40. Finalmente, como se ha demostrado, la restricción al derecho a la libertad de empresa prevista en el artículo 312 de la CRE, posteriormente ampliadas por el COMF, no solamente cercenaron el ámbito de actividades lícitas al que podía dedicarse una entidad financiera o sus accionistas, inclusive dentro del mismo ámbito financiero, sino que crearon obligaciones de desinversión mediante mecanismos inconstitucionales que violan los derechos a la libertad de contratación y propiedad.

41. Pero estos abusos e inconstitucionalidades no solamente afectan a dichas personas (quienes se encuentran en esta situación debido al marco normativo que impide enajenar las acciones hasta hoy), sino que dicho marco normativo, caracterizado por una intensa

restricción a la libre empresa, afecta directamente al sistema financiero y a la sociedad. La Corte Constitucional no puede desconocer que la banca contribuye al progreso de la sociedad, ofreciendo soluciones para que el cumplimiento de otros derechos como la vivienda, salud, educación, estudio, trabajo y otros sea posible.

42. El marco regulatorio vigente produce afectaciones sistémicas que obstaculizan a personas nacionales y extranjeras a invertir en el sector financiero privado, e inclusive aquellos que ya son accionistas dentro del sector, tienen una restricción desproporcionada para tener inversiones sustanciales en otras instituciones financieras. Adicionalmente, este marco produce un efecto de concentración en el sistema financiero ecuatoriano, toda vez que impide la entrada de nuevos competidores, desincentiva la inversión en el sector y obliga a las entidades financieras a fusionarse, incluso en la ausencia de sinergias que justifiquen económicamente dichas fusiones.<sup>10</sup>

43. Por expresa disposición legal, personas relacionadas a cualquier otra industria no pueden invertir en una entidad financiera privada, lo que significa que ningún empresario con el poder económico para hacerlo, podrá intervenir en el sistema financiero, por más de que lo desee. Esto reduce sustancialmente la cantidad de inversores elegibles para invertir en una institución financiera ecuatoriana, dejando únicamente tres posibilidades: (i) inversión extranjera nueva y no comprometida en otras industrias ecuatorianas, (ii) la migración de inversionistas locales hacia negocios bancarios, lo que implica que renuncien a su participación en otros negocios, o (iii) la compra y concentración de accionistas actuales. Analicemos cada uno, detenidamente.

44. La posibilidad de inversión extranjera en instituciones bancarias en Ecuador es lejana. La normativa vigente no responde a estándares internacionales, lo que saca al país del concierto normativo adoptado por la mayoría de los países americanos y europeos, entre otros, que forman parte de la Cámara de Comercio Internacional, en materia de grupos financieros. Además, personas y grupos financieros, mirados como potenciales inversores y accionistas de entidades del sistema financiero, si provienen del exterior, donde los regímenes internacionales no imponen las prohibiciones que sí lo hace el régimen legal ecuatoriano, quedarán de plano descartados para invertir si no se someten a esas prohibiciones.

45. Por otro lado, el marco regulatorio ecuatoriano es de una rigidez paralizante, que impide desarrollar negocios externos o conexos, como sucede en el derecho comparado. No se permite que grupos financieros con experiencia participen y aporten en la construcción de industrias que se beneficiarían de los sofisticados conocimientos de

---

<sup>10</sup> Desde un punto de vista financiero, las sinergias son la justificación más común de adquisiciones (Berk y DeMarzo, Corporate Finance, Pearsons, 2014, pág. 934).

inversores con experiencia. Las normas ecuatorianas impiden algo usual y que ha dado resultados en otros países: permitir que, capitalizando de su experiencia, un grupo financiero diversifique su portafolio e invierta (y, en el proceso, capitalice), empresas e industrias cercanas a las instituciones financieras.

46. Este tipo de inversiones otorgan dinamismo al mercado, que se traduce en un portafolio de servicios y productos más amplio y a menores costos<sup>11</sup>. Es por esto que países con un *spread*, en promedio, menor al ecuatoriano, poseen presencia significativa de bancos extranjeros, regionales o internacionales. El ingreso de nuevos competidores produce mayor competitividad, que se traduce en menores tasas de interés (y una subida del porcentaje de la sociedad bancarizada), y menos costos operativos que significa una reducción de costos en todo el sistema bancario<sup>12</sup>.

47. Para el año 2000, en Argentina operaban 40 bancos extranjeros, en Chile 18, en Colombia 10, en México 20, en Perú 11. En Ecuador, en el 2021, opera únicamente un banco extranjero: Citibank, y con una presencia y cuota de mercado marginal, mientras varios otros bancos extranjeros han cerrado sus puertas.<sup>13</sup> Lamentablemente, Ecuador no ha recibido una inversión relevante (para efectos de dinamizar la competencia) nueva en instituciones en los últimos años. En efecto, la data privada disponible demuestra que no se encuentra relevante inversión extranjera en el sistema financiero ecuatoriano desde la expedición del COMF, en el año 2014.

48. El ingreso de banca extranjera tiene efectos positivos para el país. El primer efecto es el acceso a flujos de capital, pues los bancos extranjeros se pueden convertir en facilitadores del ingreso de divisas. El segundo efecto positivo es el desarrollo y comercio exterior e inversión extranjera directa. La banca extranjera está en capacidad de desarrollar un sistema de pagos internacionales que facilitan las operaciones en el exterior tales como contratos con empresas de su país de origen, lo cual fomenta el comercio y la inversión. El tercer efecto, es que mejora la capacidad de gestión y nuevas tecnologías que contribuyen a la reducción de costos y mejora la calidad de servicios financieros. El cuarto efecto positivo es la mejora en la regulación y supervisión bancaria pues el ingreso de banca extranjera obliga a las entidades supervisoras locales a incrementar la capacidad de su personal en el manejo de mecanismos de control<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> J.A. Bikker, K. Haaf / Journal of Banking & Finance 26 (2002) 2191–2214.

<sup>12</sup> Martínez, María Soledad; Mody, Ahoka, How Foreign Participation and Market Concentration Impact Bank Spreads: Evidence from Latin America, op. cit., pg. 535.

<sup>13</sup> El ABN, Banco Holandés Unido, Bank of America National Trust and Savings Association, ING Bank y Lloyds Bank están extinguidos, cerrados o disueltos.

<sup>14</sup> Informe técnico No. 3. Banca Extranjera. Boletín Macroeconómico. Octubre 2019. Asociación de Bancos Privados del Ecuador.

49. La segunda posibilidad, es decir, la migración de inversionistas de otras áreas de la economía hacia instituciones financieras también parece lejana. Desde la imposición de las normas rígidas que regulan a las instituciones bancarias, no se aprecia una corrida de inversionistas que renuncien a sus intereses en otras industrias para poder participar en la banca, ¿y por qué lo harían? Un inversionista en cualquier otra rama de la economía puede expandir su negocio y explotar su experiencia incursionando en negocios conexos, algo imposible de hacer en la banca.

50. Tampoco lo harían debido a que la posibilidad de invertir en el sistema financiero, dado la conformación restrictiva de grupos financieros, impide la inversión en empresas conexas incluso en el mismo sector. Las normas no permiten que un grupo financiero que tiene el tamaño y las capacidades de expansión adecuadas, ni sus accionistas, pueden optar por invertir en empresas similares, con el fin de aprovechar el conocimiento que tienen del mercado, aplicar sus buenas prácticas y abaratar los costos, ampliando la oferta de valor al mercado y efectivizando la operación.

51. En sociedades similares, estos círculos virtuosos son deseados y son promovidos por el Estado. Éste debería facilitar las condiciones para que los ciudadanos estén en capacidad de expandir sus negocios y generar un mayor desarrollo para la sociedad. Sin embargo, lejos de hacerlo, el Estado ha creado normativas que limitan esta capacidad de expansión. Una normativa que tiene como objetivo establecer límites a la capacidad de expansión empresarial a los ciudadanos es pernicioso, no solo porque limita la libertad de empresa del emprendedor, sino porque además impide que las personas con capacidad y voluntad de invertir en el país lo hagan. La normativa, como está planteada, reduce el valor generado a la sociedad y limita los derechos no sólo de un grupo de ciudadanos, sino de todos quienes podrían beneficiarse de estas inversiones.

52. Con relación a la tercera posibilidad, cabe señalar que el marco regulatorio actual genera una concentración en manos de inversionistas actuales, que no tienen incentivos para escindir sus compañías, ni encuentran inversionistas dispuestos a hacerlo. La publicación del COMF produjo que varias sociedades financieras que, sin la opción del ingreso de un competidor extranjero que las adquiriera o de un inversionista local que abandone sus empresas -dadas las prácticamente insuperables barreras regulatorias- fueron absorbidas por bancos, transformadas en bancos o liquidadas, dejando el mercado bancario ecuatoriano más concentrado.

53. En definitiva, este marco normativo produce efectos estructurales que afectan a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. Estos efectos no son solamente indeseables, sino inconstitucionales, pues no permite alcanzar los anhelados objetivos del sistema financiero previstos en los artículos 308 y 310 de la CRE. Estas disposiciones constitucionales establecen que el sistema financiero tendrá por finalidades, entre otras,

fortalecer la inversión productiva nacional, incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía, cuyo cumplimiento ha sido severamente limitado.

## VI SOLICITUD

54. Por todo lo expuesto, con la finalidad de poner fin a la violación a los derechos constitucionales a la libertad de contratación y propiedad de los agremiados de la ASOBANCA y de sus accionistas, y fundamentalmente, con el objetivo de corregir los problemas estructurales que ocasiona el marco normativo vigente que contraria a la CRE, solicito atentamente se sirvan admitir al expediente este escrito de amicus curiae, y valorar los argumentos expuestos al momento de resolver.

55. Recibiré notificaciones en el correo electrónico: [mrodriguez@asobanca.org.ec](mailto:mrodriguez@asobanca.org.ec) y [solmedo@asobanca.org.ec](mailto:solmedo@asobanca.org.ec)

Muy atentamente,

Marco Antonio Rodríguez Proaño  
Vicepresidente Ejecutivo