



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

SEÑORA DOCTORA KARLA ANDRADE QUEVEDO, JUEZA PONENTE DENTRO DE LA CAUSA No. 110-21-IN Y ACUMULADOS

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

FABIÁN POZO NEIRA, en mi calidad de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, conforme lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021, por los derechos que represento del señor Presidente de la República, en el marco del **CASO No. 110-21-IN** y acumulados, doy cumplimiento a su requerimiento del 5 de septiembre de 2022 presentando, dentro del término así concedido, un Informe Técnico que analiza las últimas reformas a los artículos 143 y 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante, “COMF”) y que consecuentemente, explica los motivos que generaron dichas reformas publicadas en la “Ley Orgánica Para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19”:

I INTRODUCCIÓN

1.1 Las reformas introducidas a los artículos 143 y 169 del COMF publicadas en la “Ley Orgánica Para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19” cumplen de mejor manera lo dispuesto en los artículos 308 y 312 de la Constitución de la República. Aún más, estas reformas ofrecen el beneficio de ajustarse de mejor manera a otras disposiciones constitucionales, cosa que sus antecesores no lograban hacer.

1.2 El artículo 308 de la Constitución establece a las actividades financieras como un servicio de orden público pero no define el concepto como tal. El anterior artículo 143 del COMF adolecía de aportar una limitada definición del concepto transcribiendo partes del artículo 308 de la Constitución. En lugar de que el COMF desarrolle el concepto, este pretendía definirlo haciendo referencia a una disposición constitucional sobre el mismo; siendo, en definitiva, circular, vacío y creando inseguridad jurídica.

1.3 El artículo 312 de la Constitución, prohíbe entre otras cosas, la posibilidad de controlar una institución del sistema financiero privado a la par de ser propietario, directa o indirectamente, en empresas ajenas a la actividad financiera. Esta restricción se materializa en el artículo 169 del COMF con un umbral porcentual para determinar ese “control”. Como se verá más adelante resultaba necesario adecuar ese umbral para obtener el resultado deseado y cumplir de mejor manera con el artículo 312 de la Constitución. Lo cierto es que un umbral excesivamente bajo ahuyentaba la inversión, restringía excesivamente el derecho a la propiedad e impedía contar con un sistema financiero más sólido y competitivo que en ultima ratio, benefició a sus usuarios. La reforma introducida en noviembre de 2021 logra todo eso.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

II

¿CUÁLES SON LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS?

2.1 Vale comenzar por ilustrar el antes y después de los artículos modificados para poder comprender que las reformas persiguieron un fin constitucionalmente válido, buscando armonizar los artículos con el resto del ordenamiento jurídico. Tal es así que:

Artículo	Antes	Después
143	Art. 143.- Actividad financiera. Para efectos de este Código, actividad financiera es el conjunto de operaciones y servicios que se efectúan entre oferentes, demandantes y usuarios, para facilitar la circulación de dinero y realizar intermediación financiera; tienen entre sus finalidades preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras son un servicio de orden público, reguladas y controladas por el Estado, que pueden ser prestadas por las entidades que conforman el sistema financiero nacional, previa autorización de los organismos de control, en el marco de la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.	Art. 143.- Actividad financiera.- Para efectos de este Código son las operaciones y servicios que están vinculados con flujos o riesgos financieros; y que, se realiza de forma habitual, por las entidades que conforman el sistema financiero, de valores y de seguros, previa autorización de los organismos de control, utilizando, a cualquier título, recursos de terceros para operaciones de crédito; inversión en valores de renta fija o renta variable; servicios de seguros; servicios o instrumentos de manejo y protección de riesgo; servicios de compra venta, intermediación o suscripción de valores; así como para otras operaciones que defina la Junta de Política y Regulación Financiera en función del desarrollo o innovación del mercado de servicios financieros, de valores y seguros. Las actividades financieras son un servicio de orden público, reguladas y controladas por el Estado.
169	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	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



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

	jurídicas que posean, directa o indirectamente, el <u>6%</u> o más del capital suscrito y pagado o del capital social.	indirectamente, el <u>25%</u> o más del capital suscrito y pagado o del capital social.
--	--	---

2.2 Como se puede ver de la tabla precedente, los cambios al artículo 143 del COMF son formales y mantienen el espíritu de la norma. Es decir, su razón de ser es armonizar el artículo con el resto del COMF y la temática que este cubre. Por otro lado, la modificación al artículo 169 es muy simple en forma, pero profundamente importante por cuanto apunta a democratizar y dinamizar la propiedad en entidades del sistema financiero privado sin vulnerar las limitaciones constitucionales del caso. Ambos cambios tienen por objeto propender al desarrollo económico, transparentar mercados, precautelar la integridad del sistema y de sus usuarios al democratizar la propiedad de este tipo de entidades. Como explicaremos más adelante, y de manera particular para la reforma del artículo 169 del COMF, las anteriores versiones de los artículos en realidad han permitido que se mantenga un status quo que va en contra de los mandatos constitucionales, particularmente aquellos consagrados en los artículos 308 y 312 de la Constitución.

III

LOS MOTIVOS QUE DIERON LUGAR A LAS REFORMAS: EL PROBLEMA IDENTIFICADO

3.1 El artículo 143 del COMF tiene como propósito establecer qué se debe considerar como actividad financiera. En su anterior versión, adolecía de dos problemas principales: 1) no se perseguía la finalidad del artículo 308 de la Constitución, sino que replicaba ciertas frases de manera literal y remitía el resto de la regulación emitida por una Junta y, 2) no respondía el ámbito abarcado por el COMF que cubre el sistema financiero, el mercado de seguros, y el de valores. En ese sentido, una reforma que resuelva estos dos problemas era necesaria; es importante notar que el nuevo artículo 143 no altera el espíritu de su predecesor sino más bien define el concepto de actividades financieras dado que el artículo 308 de la Constitución simplemente abarca la finalidad de estas, más no su concepto.

3.2 Por otro lado, la reforma al artículo 169 del COMF tiene como propósito definir qué accionistas mantienen influencia significativa en el sistema financiero nacional. La relación de este artículo con el artículo 312 de la Constitución es muy estrecha por cuanto nuestra Constitución limita el control en instituciones del sistema financiero privado y comunicacionales. Ahora bien, esa limitación tiene una expresa remisión al marco normativo vigente y al control de los correspondientes organismos de control. Eso quiere decir que la ley



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

debe materializar esta limitación, cuya finalidad en principio es evitar posibles conflictos de interés que se pudieren generar al controlar este tipo de entidades junto con cualquier otra actividad económica.

3.3 El problema de la anterior versión del artículo 169 del COMF es que 1) no cuenta con un sustento técnico ni lógico para establecer un umbral de esa característica; 2) crea una barrera legal de entrada innecesariamente alta; 3) impide la democratización de la propiedad de entidades del sistema financiero nacional; 4) confunde propiedad con control (administración) utilizando el término “influencia patrimonial”; 5) no responde al bloque de constitucionalidad; y 6) perpetúa un status quo que impide la eficiente entrega de servicios a los usuarios.

3.4 Como se verá más adelante en la Sección V, los casos a nivel internacional prueban que existen ciertos casos en países donde se limita o ha limitado el control de entidades financieras en simultáneo con otras industrias. Esos casos parten de la premisa de que la existencia de marcos regulatorios que contemplen restricciones no son la regla general, sino la excepción y que además siempre se debe analizar más variables que un simple umbral porcentual, analizar caso por caso, legislar la posibilidad de emitir autorizaciones excepcionales y en ciertos casos, eliminar la restricción con el pasar del tiempo y la maduración e institucionalización de quienes participan en el sistema financiero.

3.5 Por tanto, las reformas al COMF son un paso firme encaminado al funcionamiento más eficiente y transparente del sistema financiero, donde el universo de personas habilitadas para ser accionistas sea más amplio, estas personas puedan exigir más de estas instituciones y así avanzar hacia un mercado más transparente y competitivo. Lo cierto es que las regulaciones más idóneas serán aquellas que cumplan con los preceptos constitucionales ya citados, pero que a diferencia del articulado previo a la reforma, reconozcan que es necesario que existan más personas interesadas en invertir en el sector para así beneficiar a la población en general.

IV

¿QUÉ SE LOGRÓ CON LAS REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO?

4.1 Con respecto al artículo 143 del COMF es posible denotar que 1) se arroja claridad sobre el concepto de actividad financiera y su inherente riesgo, 2) se amplía su alcance para armonizar con el ámbito del COMF¹, 3) se mantiene el requisito de autorización previa para ejercer estas actividades, y 4) se aclara que la ahora Junta de Política y Regulación Financiera es la encargada de definir las actividades que a futuro deben ser consideradas como actividades financieras. Por

¹ Ver artículo 2 del COMF



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

lo tanto, la reforma mantiene sujeción a la Constitución, se armoniza con la totalidad del COMF y mantiene la remisión a la regulación emitida por una Junta de Política y Regulación.

4.2 Esta reforma si bien podría malinterpretarse como una mención incómoda al sector de seguros y valores, lo cierto es que nuestra normativa aglutina dentro de un mismo cuerpo legal, todo lo inherente al sistema monetario y financiero. Dentro de estos sistemas, constan los libros tendientes a regular el sector de seguros y valores, negocios que por su naturaleza, se fundamentan en el ejercicio de actividades financieras. En la Sección VII proveemos un test de proporcionalidad que demuestra que la reforma persigue de mejor manera el fin constitucional mandado por el artículo 308 de la Constitución.

4.3 Por otro lado, con la reforma al artículo 169 del COMF, se amplía el universo de personas, nacionales o extranjeras, que podrían adquirir acciones en entidades del sistema financiero privado. Asimismo, el umbral del 25% responde a criterios y buenas prácticas internacionales (como se verá en la sección siguiente) por ser un porcentaje donde razonablemente se puede establecer que no es posible establecer mayorías y por ende control a partir de la propiedad accionaria en una entidad. Es decir, argumentar que una persona podía tener influencia patrimonial (entiéndase control) sobre una entidad bancaria con una participación de 6%, resultaba en que simplemente esa persona solo podía continuar invirtiendo en el sistema financiero. De igual manera, con una excesiva atomización de los techos de participación accionarial, se reducía innecesariamente el universo de personas que podrían acceder a una inversión de ese tipo.

4.4 Con el incremento razonable del umbral porcentual, se respeta el criterio constitucional del “principal accionista” en el sentido de que a nivel societario, un accionista con el 25% o menos de participación en una compañía anónima muy difícilmente va a ejercer control sin considerar la voluntad del 75% restante del accionariado. Ahora bien, manteniendo el espíritu de la norma constitucional intacto, el incremento sí permite que más actores, directa o indirectamente, inviertan en el capital de un banco. Por ejemplo, antes, un fondo de inversión muy difícilmente invertiría a nombre de sus clientes en un banco porque el riesgo de superar el umbral era demasiado alto. Ahora, sí es posible que diversos inversionistas, que no tienen interés sobre la administración de un banco sino en el rendimiento financiero que esta inversión puede ofrecer, inviertan en acciones y se sigan dedicando a sus actividades habituales.

4.5 La reforma al artículo 169 del COMF es relevante en el sentido de que abre las puertas a que más actores se interesen en invertir en el sistema financiero. Para lograr esto, la reforma reconoce que se debe establecer un umbral razonable donde todavía sea posible verificar que producto de la participación accionarial, no sea posible ejercer control significativo sobre la entidad bancaria. Recordemos que un accionista es quien recibe un título a cambio de una



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

aportación al capital social de una compañía, responde hasta el monto de esa aportación y producto de esta adquiere derechos y obligaciones frente a la compañía.² Estos derechos y obligaciones adquieren mayor o menor relevancia según la composición accionaria de la compañía (número de accionistas), el monto de la participación individual de cada accionista, y el control y vigilancia que una Junta General ejerce sobre la administración de la compañía. La propiedad de una acción en una compañía no es lo mismo que la facultad para administrarla; en ese sentido el control sobre la misma solo se verifica cuando el poder de voto es tal que anula la voluntad de posiciones contrarias.

4.6 El umbral del 25% responde a establecer un criterio que permita verificar que una determinada propiedad accionarial no resulta en el control—per se—de una compañía, respetando la limitación constitucional que existe para el efecto, dando un paso firme en el camino hacia ampliar el universo de interesados en invertir en el sistema financiero, y creando mercados más competitivos.

4.7 Por último, con la reforma al artículo 169, se garantiza el ejercicio de otros derechos constitucionales tales como los derechos de libertad, a la contratación y a la propiedad, a la transparencia de los mercados y a que los usuarios del sistema financiero puedan acceder a mejores servicios. El cambio parece ser simple, pero al hacer más atractivo al sistema financiero para el inversionista local e internacional, dinamizamos el sistema incrementando la posibilidad que nuevos actores deseen competir en el.

V

BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES CON RESPECTO A LA RESTRICCIÓN DE INVERSIONES EN ACTIVOS FINANCIEROS Y NO FINANCIEROS

5.1 Los casos a nivel mundial en donde se limita la posibilidad de adquirir acciones en entidades del sistema financiero privado son la excepción a la regla. Estos casos de minoría se dan por múltiples casuísticas pero el denominador común es que se busca evitar la configuración de posibles conflictos de interés al controlar entidades financieras y no financieras de manera simultánea. Este breve repaso de legislación comparada de igual manera nos permite determinar que simplemente establecer un umbral porcentual no es lo teóricamente perfecto, pero dadas las limitaciones de nuestro ordenamiento, las reformas resultan en una posible solución considerando principios como el de no regresividad.³

² Artículo 143 de la Ley de Compañías.

³ Por ejemplo, ver Sentencia No. 75-16-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

5.2 La ponderación para establecer limitaciones de esta clase se resume en disposiciones que propendan a la solidez de un sistema financiero sin necesariamente limitar excesivamente el derecho a la propiedad. Dado que el sistema financiero provee soluciones de capital al sector no financiero, es deseable que estos sectores operen de manera complementaria entre sí. Ahora bien, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, no existen restricciones a las inversiones por parte del sector no financiero en el sector financiero; esto seguramente ocurre porque Londres es uno de los centros financieros del mundo, sus bancos operan a nivel mundial y ya no existen accionistas que por sí solos controlen el destino de estas instituciones financieras. Es decir, su propiedad y administración están plenamente separadas. Importante aclarar que, esto sí se traduce en regulaciones de control donde se debe obtener autorización por parte del ente regulador para adquirir control sobre un banco, verificando así la idoneidad de quien desea controlar este tipo de entidades.⁴

5.3 Si de centros financieros se trata, los Estados Unidos de América sí establecen criterios para acceder al control de una entidad financiera; criterios que de paso son similares (aunque más desarrollados) a la reforma incorporada al artículo 169 del COMF. En Estados Unidos, si un inversionista no financiero desea adquirir más del 25% de las acciones en un banco, este debe pedir autorización al ente regulador por tratarse de una adquisición que pudiere devenir en control de la entidad.⁵ En este caso, el umbral del 25% opera como un límite para solicitar autorización, no como una prohibición como tal.

5.4 El caso de Canadá y México resulta interesante por cuanto si bien a mediados del siglo XX estos países, junto con Estados Unidos de América establecieron límites a la propiedad para foráneos que deseaban adquirir acciones en bancos y ese límite giraba en torno al 25%. Los tratados de libre comercio entre esos tres países levantaron esas restricciones cuando se trata de inversiones entre esos tres países. Eso sí, Canadá se ha reservado umbrales del 10% para el caso de los bancos más grandes, pero estos umbrales son con respecto a la adquisición de acciones por parte de personas extranjeras, no de inversionistas no financieros en acciones del sistema financiero.⁶

5.5 Ahora bien, otras jurisdicciones han optado por diferentes escenarios que diferencian entre acciones que otorgan derecho a voto y las que no. Por ejemplo en Corea del Sur se limita la posibilidad a que un inversionista no financiero adquiera más del 10% del capital social con derecho a voto. Aquello, no impide que el inversionista decida adquirir acciones sin derecho a

⁴ “Shareholdings/Acquisition of Control”. *Banking Regulation in the United Kingdom: Overview*. [Thompson Reuters Practical Law](#).

⁵ [Can anyone own a Commercial Bank?](#) Federal Reserve Bank of St. Louis.

⁶ *Ownership Restriction and the Value of Canadian Bank Stocks*. [Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector](#). Septiembre 1998.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

voto con motivo de beneficiarse del rendimiento financiero que pudiese ofrecer ser titular de una acción.⁷ Es decir, la restricción se configura en relación a mitigar el impacto que pudiese tener el derecho a voto, no se limita el derecho a la propiedad como tal.

5.6 En Israel, la restricción de propiedad es a los bancos que invierten en el sector no financiero, limitando su capacidad para hacerlo al permitir que instituciones financieras adquieran hasta el 20% de compañías no financieras, sin asumir control alguno. La OECD reporta que estas medidas tienen por objeto la modernización del sistema financiero, la desconcentración de su propiedad (para diferenciar la administración de la propiedad), siendo una de las preocupaciones principales, la poca diversificación de los actores en el mercado.⁸ En consecuencia, este país ha tomado un rumbo inverso al de Ecuador: permitir que el sector no financiero adquiera propiedad en el sector financiero, y a su vez, limitar la posibilidad de que el sector financiero adquiera control en el sector no financiero estableciendo criterios de no control y umbrales porcentuales.

5.7 Por último, en Singapur, existe un modelo escalonado donde se debe revelar cualquier participación en una entidad financiera superior al 5% y asimismo, solicitar una autorización cuando se espera que una participación accionarial supere el 12% o 20% del capital social según el caso concreto.⁹ De nuevo, nos encontramos con que no es necesario establecer una prohibición per se, sino permitir el análisis caso por caso y según las cualidades que el inversionista puede agregar producto de la obtención de control en un banco.

5.8 En todos los casos analizados, es posible identificar tres ideas críticas: 1) los umbrales porcentuales que restringen la inversión entre uno y otro sector siempre son más cercanos al 25% que al 6%; 2) se prefiere la transparencia a la restricción; y 3) las jurisdicciones más desarrolladas utilizan criterios adicionales al umbral porcentual para poder realizar análisis caso por caso, y por sobre todo, evolucionar a un modelo de autorización y no de prohibición ex ante.

VI

SUJECCIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE LAS REFORMAS

6.1 Las reformas introducidas a los artículos 143 y 169 del COMF cumplen cabalmente con lo establecido por los artículos 308 y 312 de la Constitución de la República. Pero a diferencia de sus anteriores versiones, estos artículos hacen un mejor trabajo sujetándose a lo dispuesto en

⁷ *Beyond Bank Ownership Restrictions*. [IFLR](#).

⁸ Israel: Review of the Financial System. [OECD](#). 2021.

⁹ “Shareholdings/Acquisition of Control”. *Banking Regulation in Singapore: Overview*. [Thomposon Reuters Practical Law](#).



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

los artículos 66, 335, 336, y 338 de la Constitución. En suma, las reformas introducidas en noviembre de 2021 apuntan a un mejor funcionamiento de las actividades financieras sin en ningún momento desregularlas, permiten la democratización de la propiedad en entidades financieras privadas al incrementar el universo de posibles compradores de sus acciones, y precautelan el sólido funcionamiento de los mercados financieros evitando así prácticas prohibidas tales como la usura o el anatocismo.

6.2 El artículo 143 del COMF, ya reformado, aplica la finalidad del artículo 308 de la Constitución en un texto que le da sentido al término “actividades financieras”. En primer lugar, es importante mencionar que la antigua versión del artículo 143 era una transcripción prácticamente literal del artículo 308 de la Constitución. En ese sentido, la reforma planteada está en concordancia con el ámbito del COMF, que abarca valores, seguros, operaciones bancarias y en general toda actividad que implique el manejo de dinero ajeno de forma habitual.

6.3 En consecuencia, la definición introducida por las reformas de noviembre de 2021, se sujeta a la Constitución en el sentido de que conduce a intercambios económicos más transparentes, reconociendo que una actividad financiera implica el manejo de dinero como fundamento principal del giro de negocio habitual. Es decir, tanto la industria bancaria, como la de seguros e intermediación de valores, comparten el hecho que utilizan dinero, propio y ajeno, para realizar sus actividades. Si todas estas actividades están comprendidas bajo un mismo código legal, entonces ¿por qué la definición de la actividad no abarca todos los supuestos donde se realizan operaciones y flujos que comprenden un riesgo financiero? En la práctica, tanto el sistema financiero como el de valores y seguros requieren de autorización previa para operar.

6.4 La reforma al artículo 169 del COMF revisita el hecho de que el umbral de 6% resulta en una limitación al derecho a la propiedad innecesario. De acuerdo con la Constitución de la República y la interpretación que de ella ha hecho la Corte Constitucional y conforme el numeral 26 del artículo 66 de la Constitución, como parte de los derechos de libertad, se ha reconocido y garantizado a las personas **“el derecho a la propiedad en todas sus formas”**.

6.5 Asimismo, nuestra Constitución obliga al Estado a asegurar la eficacia de los mercados¹⁰, siendo uno de estos el de los servicios provistos por las entidades del sistema financiero nacional. Cuando producto de una simplista interpretación constitucional, una ley establece un umbral arbitrario para limitar la inversión o participación en un mercado, en realidad se está limitando injustificadamente el derecho a la propiedad, impidiendo que el

¹⁰ Artículo 336 de la Constitución de la República.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

mercado correspondiente funcione como debe y por tanto, afectando a los usuarios cuyos derechos, en este caso, empiezan—pero no acaban—en el artículo 312 de la Constitución.

6.6 Es de interés de todos los usuarios, partícipes y sectores que dependen del sistema financiero, que este sea competitivo, transparente y eficiente. Para lograr eso, es necesario ponderar el derecho a la propiedad privada y en general, el derecho a la libertad, con las limitaciones impuestas por la Constitución misma y por el COMF. Ahora bien, si una excesiva restricción a la propiedad privada como era la del artículo 169 del COMF, en realidad desestabiliza o impide que el sistema financiero se desarrolle por falta de actores interesados en invertir en este, en realidad nos enfrentamos a normas que terminan por hacer lo opuesto a su intención original.

6.7 En similar sentido se expresa la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 21, que además de reconocer el derecho a la propiedad privada, establece que **toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 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.

6.8 La Corte Constitucional, a través de su Sentencia No. 146-14-SEP-CC del 1 de octubre de 2014, señaló que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una de las dimensiones del derecho a la propiedad se refiere a su reconocimiento como derecho constitucional. Aquello implica para el Estado, una obligación de promover el acceso a la propiedad privada y una limitación para que no se lo menoscabe ni vulnere. Es decir, una obligación de abstención que permita el desarrollo libre del privado.¹¹ Por eso, las reformas a los artículos 143 y 169 del COMF en realidad tienen por objeto lograr armonía entre múltiples derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad, reconocimiento que estas actividades deben ser sujetas a control y regulación, pero que al mismo tiempo debemos encaminar nuestra regulación hacia la posibilidad de que más actores de diversos sectores inviertan en el sector financiero.

6.9 El derecho a la propiedad consagrado en nuestra Constitución, es el ejercicio y goce de una expresión de libertad que no puede ser limitada fácilmente. Mientras el individuo actúe dentro del marco de la ley, el Estado debe presumir la buena fe de quien está dispuesto a reconocer que existe una diferencia entre una inversión y la administración de esa entidad financiera. Más aún si la ponderación a favor del derecho a la propiedad privada viene de la mano con una mejor sujeción a disposiciones constitucionales tales como las establecidas en

¹¹ Sentencia No. 146-14-SEP-CC y Sentencia No. 176-14-EP/19 de la Corte Constitucional.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

los artículos 66, 335, 336, y 338 de la Constitución. Consecuentemente, podemos verificar que los artículos reformados en realidad son progresivos y no regresivos.

VII TEST DE PROPORCIONALIDAD

7.1 La Corte Constitucional ha indicado que cuando de restricciones se trata, es necesario realizar un *test de proporcionalidad* que permita verificar que se persigue un fin constitucional válido, que existe idoneidad, necesidad, y proporcionalidad.¹² Al respecto, las reformas al artículo 143 y 169 pasan este test, mismo que se presenta a continuación y en relación a todo lo expuesto. Como se ha informado previamente, la motivación tras las reformas provino de la identificación de un problema, ya sea por la escasa utilidad que genera la transcripción de la Constitución en un cuerpo legal, o porque la restricción a un derecho resultaba excesiva.

7.2 Para el caso de la reforma al artículo 143 del COMF, el fin constitucional a perseguir es un mejor cumplimiento del artículo 308 de la Constitución, definiendo el concepto de actividades financieras y de paso adecuando estas actividades a lo establecido en los artículos 336-339 de la Constitución de la República. La reforma entonces resulta idónea porque como se ha demostrado, era necesario contar con una definición más clara que además se adecúa al ámbito del COMF. En ese sentido, es necesaria porque no es una restricción adicional a la situación anterior, sino conduce a una mejor aplicación de las disposiciones del COMF. Por último, considerando que la Constitución es de aplicación directa, no se ha eliminado la protección ofrecida por el artículo 308 y se obtiene el beneficio de lograr claridad en la norma; así que la reforma es proporcional dado que el beneficio de la seguridad jurídica es mayor a la limitación que suponía mantener un artículo que no lograba lo detallado en el párrafo 4.1

7.3 La reforma al artículo 169 pasa el test de proporcionalidad porque persigue el fin legítimo de cumplir con el artículo 312 de la Constitución y a la vez reducir la limitación a los derechos en el artículo 66 de la carta suprema. Resulta idónea porque al asegurar el derecho a la propiedad privada se incrementa el universo de posibles inversionistas en el sistema financiero, precautelando eso sí, la creación de situaciones donde se pueden crear conflictos de interés. Como se expuso en los párrafos 6.4 en adelante, la reforma es necesaria porque reduce la restricción al ejercicio del derecho reconociendo que más adelante el país podría debatir y considerar mejores prácticas para mitigar casos de conflictos de interés como los que intenta prohibir el artículo 312 de la Constitución. Por último, la proporcionalidad está a la vista: el beneficio que se obtiene por atraer más inversionistas al sistema financiero es mayor a una limitación que se establece por umbral porcentual, que de todas maneras se mantiene, pero que

¹² Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, particularmente la No. 7-15-IN/21 y No. 025-16-SIN-CC.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

se racionaliza frente al hecho de que se sigue cumpliendo con el artículo 312 de la Constitución. Un sistema financiero más atractivo para el inversionista resulta en un sistema financiero más competitivo beneficiando al usuario y al país.

VIII CONCLUSIONES

8.1 La finalidad del concepto de actividades financieras está ya definida por el artículo 308 de la Constitución. Poca o nula utilidad traía la transcripción literal por parte del artículo 143 del COMF, que más bien tiene como propósito principal asegurar el funcionamiento del sistema financiero abarcando *“el marco de políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas que rige los sistemas monetario y financiero, así como los regímenes de valores y seguros, el ejercicio de sus actividades y la relación con sus usuarios”*.¹³ Por eso, era necesaria una reforma que—sin contradecir el precepto constitucional—abarque el ámbito del COMF y permita su efectivo cumplimiento. La reforma al artículo 143 en discusión cumple con ese propósito.

8.2 Por otro lado, la limitación establecida por el artículo 312 de la Constitución no es absoluta y se regula, en primera instancia, mediante normas tales como el COMF vigente desde el año 2014. El término de “principales accionistas” es vago, pero de manera más problemática, el artículo 169 del COMF establecía un parámetro arbitrario para determinar qué accionistas resultan ser “personas con propiedad patrimonial con influencia” estableciendo un umbral del 6% del capital social suscrito y pagado para diferenciar unos accionistas de otros. Ese umbral no tenía sustento técnico alguno, se alejaba de toda limitación razonable a la propiedad, ahuyentaba a todo tipo de inversión, e impedía el dinamismo vital en un servicio de orden público.

8.3 El aumento del 6% al 25% responde a criterios que buscan una alternativa frente a un estado previo que no era idóneo ni necesario para regular la limitación contemplada en el artículo 312 de la Constitución. Finalmente, la limitación al derecho a la propiedad es una limitación al derecho a la libertad. Considerando que esta Corte ha expresado en múltiples ocasiones que las limitaciones al derecho de la propiedad son de última ratio, las reformas buscan armonizar la obligación de regular una actividad con la necesidad de hacerla atractiva para inversionistas y segura para sus usuarios.

8.4 Así, el porcentaje de 25%, resulta en un punto medio entre extremos. Por un lado, se cumple con los preceptos del artículo 312 de la Constitución, racionalizando un umbral que no

¹³ Artículo 2 del COMF.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

tenía sentido alguno y abriendo las puertas para un mercado más competitivo donde más partícipes puedan ser accionistas del sistema financiero.

IX PETICIÓN

9.1 Considerando que una derogatoria a los artículos 143 y 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero se traduciría en una regresión de derechos, y que además estos, simplemente no adolecen de inconstitucionalidad alguna sino más bien conducen a un mejor ejercicio de los derechos plasmados en la Constitución de la República, solicito ratifique su constitucionalidad por el fondo.

X NOTIFICACIONES

10.1 Notificaciones que me correspondan, las seguiré recibiendo en la casilla constitucional Nro. 001 y en las siguientes direcciones electrónicas: nsj@presidencia.gob.ec y sgj@presidencia.gob.ec

Fabián Pozo Neira
SECRETARIO GENERAL JURÍDICO
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA