

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

Asunto: Informe técnico respecto de la presunta inconstitucionalidad de los artículos Arts. 143 y 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero

Abogado
Rodrigo Ugsha Cuyo
Actuario del Despacho
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
En su Despacho

De mi consideración:

Doy cumplimiento al auto emitido el 05 de septiembre de 2022, dentro del Caso Nro. 110-21-IN y acumulados: 118-21-IN, 119-21-IN, 120-21-IN, 124-21-IN, 11-22-IN, 15-22-IN, 28-22-IN, 31-22-IN y 45-22-IN, suscrito por la Jueza Constitucional Karla Andrade y remitido mediante correo electrónico el 06 de septiembre de 2022 a las 17h:31, en el cual se dispone a la Superintendencia de Bancos un informe técnico respecto de la presunta inconstitucionalidad de los artículos 193 y 194 de la “Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID 19”, a través de los cuales se reformaron los artículos 143 y 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero, respectivamente; así mismo, que se detallen los motivos que generaron las reformas hoy demandadas.

Al respecto, la Superintendencia de Bancos, se permite señalar:

1. El artículo 143 del Código Orgánico Monetario y Financiero, dispone:

“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.”

El término “actividad financiera”, se encuentra definido como un servicio de orden público que se orienta a la preservación de los depósitos y atención de requerimientos de financiamiento para fortalecer la inversión productiva nacional y el consumo social y

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

ambientalmente responsables, de acuerdo con el artículo 308 de la Constitución, por lo cual dicha definición sirve para delimitar claramente las competencias de control que cada superintendencia ejerce sobre las entidades de los sectores controlados, más aún si se considera que en el momento actual, el desarrollo de la industria financiera y su apoyo en la tecnología permiten que dicha actividad pueda ser ejecutada a través de diversos canales y simultáneamente en varias jurisdicciones nacionales e internacionales.

La definición prevista en el artículo 143 del Código Orgánico Monetario y Financiero se refiere a la actividad financiera autorizada y permitida a las entidades financieras, de valores y seguros legalmente autorizadas de conformidad con la ley.

Es así que las operaciones financieras para el sector financiero público y privado corresponden a operaciones activas (créditos), operaciones pasivas (depósitos) y operaciones contingentes (títulos/documentos). Adicionalmente, los servicios financieros son las actividades ejecutadas por las entidades para satisfacer las necesidades de los usuarios y consumidores financieros.

Respecto de los flujos y riesgos financieros a los que se refiere el artículo 143 del referido Código, las entidades del sector financiero público y privado, entre otros, deben gestionar los riesgos de crédito, mercado, liquidez, operativo, ambiental y social, acorde a las operaciones y servicios que estas proveen, mismas que se encuentran normadas en la Codificación de las Normas de Superintendencia de Bancos.

De igual forma, la norma legal antes referida hace mención a actividades propias de las entidades del sistema financiero público y privado, tales como, las inversiones de renta fija y operaciones de crédito previa autorización de la Superintendencia de Bancos de conformidad con el numeral 4) del artículo 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

En el caso de las inversiones de renta fija y renta variable, las instituciones financieras públicas y privadas, cooperativas de ahorro y crédito, empresas del sector real, pueden efectuar estas operaciones a través del mercado de valores, que es supervisado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Así mismo, el artículo 143 *ibídem* en relación a las modalidades de operaciones autorizadas en los sectores financiero, de valores y seguros, describe que las mismas pueden utilizar, 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.

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

En ese sentido, la definición prevista en el artículo 143 del Código Orgánico Monetario y Financiero, vigente, permite a los organismos de control contar con parámetros que permitan no solamente identificar a los sujetos bajo su control, los cuales, como queda expuesto, deben contar con autorización de acuerdo con la ley, sino también que es útil al precisar el alcance de las operaciones que están facultados a realizar, lo cual incide en el control a efectuar por parte de las superintendencias a fin de asegurar los recursos de los depositantes y usuarios de las instituciones que integran dichos sistemas.

De igual forma dicha disposición legal además de identificar a las entidades que operan legalmente permite definir las operaciones autorizadas y transparentar también el origen de los recursos, así como también facilita la identificación y protección de los usuarios de las instituciones financieras, de valores y seguros, y delimitar competencias de los distintos órganos de control.

En ese contexto, en opinión de esta Superintendencia, el artículo 143 del Código Orgánico Monetario y Financiero, reformado por la “Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID 19” no vulnera ninguna garantía o norma constitucional.

2. En lo que corresponde a la determinación del porcentaje de 25% para determinar a las personas con propiedad patrimonial con influencia en las entidades controladas, el artículo 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero vigente, dispone:

“Art. 169.- Personas con propiedad patrimonial con influencia.- Para las entidades del sistema financiero nacional, se consideran personas con propiedad patrimonial con influencia a las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente, el 25% o más del capital suscrito y pagado o del capital social.”

El concepto de influencia en las decisiones de las empresas se relaciona con el accionista mayoritario; es decir, aquel que posee paquete de acciones lo suficientemente representativo como para **influir con su voto en las decisiones sociales** y, en base a ello, puede ejercer el control sobre la sociedad y sus órganos de decisión. De hecho, este es uno de los aspectos que influye en la calidad del gobierno corporativo de las entidades financieras, ya que puede generar conflictos entre los directores o administradores y los dueños de la entidad.

Como se ha visto, la actividad financiera considerada de orden público en la Constitución, requiere de las mejores regulaciones y estructuras de control, en las que necesariamente debe considerarse lo inherente al gobierno corporativo, concebido éste como el sistema que dirige y controla la gestión de una persona jurídica, de manera individual o dentro de un grupo económico, por lo que en dicho contexto resulta relevante que la normativa legal aborde aspectos relacionados con los grupos de interés, la estructura de propiedad, los accionistas, los administradores y la revelación de la

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

información, la responsabilidad social, la democracia y la transparencia, entre otros aspectos importantes que como la rendición de cuentas y los mecanismos de control.

De acuerdo con los principios de gobierno corporativo emitidos por la OCDE, se debe garantizar la proyección y promover los derechos que tienen los accionistas y los demás grupos de interés, tales como: llevar los libros de acciones y accionistas, comerciar con acciones, obtener información de la entidad cuando la deseen, elegir y destituir los miembros de la junta, participar y ser informado sobre cambios y decisiones relevantes y tener una participación en las ganancias, entre otras.

En lo que corresponde al tema de *la propiedad patrimonial con influencia* el legislador al aprobar el texto original del artículo 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero en el año 2014, estableció como referencia a las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente, el menor valor de entre los siguientes numerales:

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

Posteriormente, en el 2018 la Asamblea Nacional reformó la norma antes señalada estableciendo el porcentaje del 6% o más del capital suscrito y pagado o del capital social, el cual se elevó al porcentaje del 25% con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID 19 de 2021, en cuya motivación el Presidente de la República, consideró:

“Es importante mencionar que de la revisión a la normativa que incluye las resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera, no se ha logrado identificar el criterio técnico para considerar que las personas con propiedad patrimonial con influencia son las que tienen el 6% o más del capital suscrito o pagado o del capital social. Cifra que en la práctica no representa influencia significativa, por ejemplo, un accionista con el 6% mencionado no podría influir en las decisiones de la Junta de accionistas, tampoco ese porcentaje le permitiría tener el control sobre las decisiones que se adopten. A nivel internacional, un porcentaje relevante que puede otorgar influencia o control es superior a 25%, lo que guardaría armonía con los criterios que son aplicados en las normas sobre control de concentraciones, fusiones y adquisiciones.

Esto permitirá que nuevos actores internacionales tomen interés por participar del mercado financiero ecuatoriano, generando inversión y empleo.”

Al respecto, debo mencionar que de acuerdo a los principios de gobierno corporativo de la OCDE se deben revelar las estructuras o convenios de capital que permitan a ciertos accionistas ejercer un control desproporcionado en contraposición a su participación accionarial y minimizar los conflictos que se deriven de las relaciones de propiedad

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

cuando las mismas favorezcan ese tipo de control.

Así también, la CAF en el documento denominado Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo define al accionista mayoritario como aquel que ostenta la propiedad de la mayoría de las acciones ordinarias emitidas por la sociedad y señala que en sentido estricto la mayoría significa más del cincuenta por ciento (50%).

De otro lado, la Norma Internacional de Contabilidad 24 “Información a Revelar sobre Partes Relacionadas” señala que:

“Una parte relacionada es una persona o entidad que está relacionada con la entidad que prepara sus estados financieros (en esta Norma denominada “la entidad que informa”).

(a) Una persona, o un familiar cercano a esa persona, está relacionada con una entidad que informa si esa persona:

(i) ejerce control o control conjunto sobre la entidad que informa;
(ii) ejerce influencia significativa sobre la entidad que informa; o

(iii) es miembro del personal clave de la gerencia de la entidad que informa o de una controladora de la entidad que informa.

(b) Una entidad está relacionada con una entidad que informa si le son aplicables cualquiera de las condiciones siguientes:

(i) La entidad y la entidad que informa son miembros del mismo grupo (lo cual significa que cada una de ellas, ya sea controladora, subsidiaria u otra subsidiaria de la misma controladora, son partes relacionadas entre sí).

(ii) Una entidad es una asociada o un negocio conjunto de la otra entidad (o una asociada o negocio conjunto de un miembro de un grupo del que la otra entidad es miembro).

(iii) Ambas entidades son negocios conjuntos de la misma tercera parte.

(iv) Una entidad es un negocio conjunto de una tercera entidad y la otra entidad es una asociada de la tercera entidad.

(v) La entidad es un plan de beneficios post-empleo para beneficio de los empleados de la entidad que informa o de una entidad relacionada con ésta. Si la propia entidad que informa es un plan, los empleadores patrocinadores también son parte relacionada de la entidad que informa.

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

(vi) *La entidad está controlada o controlada conjuntamente por una persona identificada en (a).*

(vii) *Una persona identificada en (a)(i) tiene influencia significativa sobre la entidad o es un miembro del personal clave de la gerencia de la entidad (o de una controladora de la entidad).*

(viii) *La entidad o cualquier miembro de un grupo del cual es parte, proporciona servicios del personal clave de la gerencia a la entidad que informa o a la controladora de la entidad que informa. (...)*” (énfasis agregado).

De igual forma, la Norma Internacional de Contabilidad 28 “Inversiones en asociadas y negocios conjuntos” presume que una entidad podría ejercer influencia significativa si posee, directa o indirectamente, el 20 por ciento o más del poder de voto de la participada, a menos que pueda demostrarse claramente que tal influencia no existe. Al contrario, si una entidad tiene menos del 20 por ciento del poder de voto de la participada, se presume que no ejerce influencia significativa si posee, directa o indirectamente, a menos que pueda demostrarse claramente que existe tal influencia.

Por otro lado, la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 10 “Estados Financieros Consolidados” señala que:

“Un inversor controla una participada cuando está expuesto, o tiene derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada y tiene la capacidad de influir en esos rendimientos a través de su poder sobre ésta.

Por ello, un inversor controla una participada si, y solo si, éste reúne todos los elementos siguientes:

- (a) poder sobre la participada (véanse los párrafos 10 a 14);*
- (b) exposición, o derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada; (véanse los párrafos 15 y 16); y*
- (c) capacidad de utilizar su poder sobre la participada para influir en el importe de los rendimientos del inversor (véanse los párrafos 17 y 18).”*

Adicionalmente, la norma menciona que: *“Un inversor tiene poder sobre una participada cuando éste posee derechos que le otorgan la capacidad presente de dirigir las actividades relevantes, es decir, las actividades que afectan de forma significativa a los rendimientos de la participada.”*

Un inversor está expuesto, o tiene derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada cuando los rendimientos del inversor procedentes de dicha

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

implicación tienen el potencial de variar como consecuencia del rendimiento de la participada. Los rendimientos del inversor pueden solo ser positivos, solo negativos o ambos, positivos y negativos.”

“Un inversor controla una participada si el inversor no tiene solo poder sobre la participada y exposición o derecho a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada, sino que también tiene la capacidad de utilizar su poder para influir en el rendimiento del inversor como consecuencia de dicha implicación en la participada.”

Es importante indicar, que a más del porcentaje de participación, existen otros factores, tales como, el control (poder, exposición y uso de poder para influir en rendimientos), personal clave de la administración, que permitirían al supervisor llevar a cabo su labor de supervisión consolidada para todo el grupo financiero basado en el principio 12 “supervisión consolidada” del Comité de Basilea, que señala: *“Para la supervisión bancaria resulta esencial que el supervisor lleve a cabo su labor en base consolidada para todo el grupo bancario, realizando un adecuado seguimiento y, cuando corresponda, aplicando normas prudenciales a todos los aspectos de las actividades que el grupo realiza a escala mundial”*.

Como es de su conocimiento, este organismo de control, a través de los convenios y/o memorandos de entendimiento con otros supervisores se encuentra aplicando los principios descritos.

Consecuentemente, sobre la base de lo expuesto, se considera que el porcentaje fijado en el artículo 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero, vigente, del 25% o más del capital suscrito y pagado o del capital social, para identificar a las Personas con propiedad patrimonial con influencia constituye un porcentaje moderado, por lo que la superintendencia podrá disponer mecanismos de control y regulatorios que permitan redistribuir la influencia desproporcionada que dichos accionistas mayoritarios pudieran tener sobre las decisiones de gestión de los riesgos de sus entidades controladas, procurando una separación entre propiedad y administración en los casos de estructura patrimonial concentrada.

Por las consideraciones expuestas, la norma legal vigente antes referida, adicionalmente guarda relación con los normas internacionales antes señaladas, las cuales constituyen referencia en el control que ejerce esta Superintendencia sobre las entidades de los sectores financieros público y privado, por mandato de lo dispuesto en el artículo agregado a continuación del artículo 6 del Código Orgánico Monetario y Financiero, por ley promulgada en el Registro Oficial Suplemento 443 de 03 de Mayo del 2022, que dispone que los organismos con capacidad regulatoria, normativa o de control, procurarán acoger como marco referencial los estándares técnicos internacionales relacionados con el ámbito de su competencia para la expedición de normativa y para el ejercicio de sus

Oficio Nro. SB-IG-2022-0214-O

Quito D.M., 08 de septiembre de 2022

funciones, sujetándose estrictamente a la jerarquía normativa establecida en la Constitución de la República del Ecuador.

En ese sentido esta Superintendencia opina que la fijación del porcentaje de 25% establecido en el artículo 169 del Código Orgánico Monetario y Financiero, reformado por la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID 19, no contraviene lo previsto en la Constitución.

3. Respeto de los motivos que generaron las reformas de los artículos a los que se refiere el pedido debo mencionar que dicha ley fue presentada por el Presidente de la República en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución de la República, debo señalar que las razones que motivaron la iniciativa del proyecto de ley por parte del Ejecutivo constan en la propuesta enviada a la Asamblea Nacional.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Mgt. Nelly Jeaneth Charco Pastuña
INTENDENTE GENERAL, SUBROGANTE

Referencias:

- SB-SG-2022-45341-E

Copia:

Magister
Antonieta Guadalupe Cabezas Enriquez
Superintendente de Bancos, Subrogante

ho