

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

1. **Marco Antonio Rodríguez Proaño**, ecuatoriano, mayor de edad, titular de la cédula de ciudadanía 1712895315, domiciliado en la Av. República de El Salvador N35-204 y Suecia, Edificio Delta 890, Piso 7, del Distrito Metropolitano de Quito, en mi calidad de Vicepresidente Ejecutivo y, como tal, representante legal de la **ASOCIACIÓN DE BANCOS PRIVADOS DEL ECUADOR - ASOBANCA**, según lo acredito con el nombramiento adjunto¹, con fundamento en los artículos 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador y 74 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ante ustedes atentamente comparezco y propongo la siguiente demanda de inconstitucionalidad:

I. DESIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD ANTE QUIEN SE PROPONE

2. Propongo esta acción pública de inconstitucionalidad en contra de leyes y actos normativos ante la Corte Constitucional del Ecuador, órgano competente para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante “Constitución” o “CRE”) y 75 numeral 1 literales c) y d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en lo posterior “LOGJCC”).

II. DATOS DE LA PERSONA DEMANDANTE

3. La demandante es la ASOCIACIÓN DE BANCOS PRIVADOS DEL ECUADOR (en adelante “ASOBANCA”), titular del Registro Único de Contribuyentes número 1790890805001, y con domicilio en la Av. República de El Salvador N35-204 y Suecia, Edificio Delta 890, Piso 7, Distrito Metropolitano de Quito. ASOBANCA comparece legalmente representada por su Vicepresidente Ejecutivo, Dr. Marco Antonio Rodríguez Proaño, cuyos datos de identificación constan en el encabezado.

4. 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 agremiados y promover un ambiente idóneo para su desarrollo. Igualmente, la institución está encaminada a agremiar y representar a entidades del sector financiero privado y promover mediante un diálogo constructivo, un ambiente económico favorable para su desenvolvimiento y para el desarrollo del Ecuador.

¹ **Anexo 1.** Copia certificada del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo.

III. DENOMINACIÓN DEL ÓRGANO EMISOR DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS OBJETO DEL PROCESO Y DEL ÓRGANO QUE SANCIONA

5. Los órganos que emitieron las normas jurídicas impugnadas son la Asamblea Nacional del Ecuador y la Superintendencia de Bancos, y el órgano que sancionó es la Presidencia de la República, según el siguiente detalle:

- 5.1. La Asamblea Nacional discutió y aprobó el Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante “COMF”) en primer debate el 8 de julio de 2014, en segundo debate el 22 y 24 de julio de 2014; y su objeción parcial el 2 de septiembre de 2014. El entonces Presidente de la República, Econ. Rafael Correa Delgado, presentó su objeción parcial el 22 de agosto de 2014. El COMF se publicó en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 del 12 de septiembre de 2014.
- 5.2. El entonces Superintendente de Bancos, Econ. Christian Cruz Rodríguez, expidió la Resolución No. SB-2016-569 – NORMA DE CONTROL PARA DETERMINAR LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE UN GRUPO FINANCIERO el 31 de mayo de 2017, y se publicó en el Registro Oficial No. 784 de 27 de junio de 2016.

IV. INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES

6. Demando la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes disposiciones:

- 6.1. Artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417, 419, primer inciso, y las Disposiciones Transitorias Vigésima Quinta y Vigésima Sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero, cuyos textos son los siguientes:

Art. 399.- Accionistas. Las entidades financieras privadas deberán contar en todo tiempo al menos con dos accionistas. No podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones de las entidades del sector financiero privado, las siguientes:

- 1. Las entidades del sector financiero privado, con excepción de la inversión en subsidiarias o afiliadas que conformen un grupo financiero; (...)*
- 4. Las personas naturales o jurídicas que sean personas con propiedad patrimonial con influencia de una entidad bancaria privada solo podrán ser accionistas de otra entidad bancaria privada mientras no se conviertan en personas con propiedad patrimonial con influencia en la otra entidad;*

Art. 417.- Grupo financiero. Se entenderá por grupo financiero al conformado por un banco nacional privado que posea las subsidiarias o afiliadas, previstas en este Código.

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.

Las entidades financieras del exterior, subsidiarias o afiliadas del banco nacional también formarán parte de los grupos financieros establecidos en este artículo.

Se entenderá conformado un grupo financiero desde el momento en que el banco posea una o más de las entidades señaladas en los párrafos que anteceden.

Art. 419.- Supervisión de grupo financiero. Para fines de supervisión, se presumirá la existencia de un grupo financiero cuando la Superintendencia de Bancos determine que entre un banco y las sociedades de servicios financieros o de servicios auxiliares, o con entidades financieras del exterior, existan relaciones de negocio, dependencia de por lo menos el 20% de las operaciones, de gestión o de propiedad indirecta, u otras, con la entidad del sector financiero privado nacional o con sus mayores accionistas o administradores. La configuración de estas presunciones convertirá de pleno derecho a dichas sociedades o entidades del exterior, en integrantes del grupo financiero del banco nacional.

Disposición Transitoria Vigésima quinta.- Convenios de asociación: Dentro del plazo de un (1) año desde la vigencia de este Código, las entidades financieras privadas y sus subsidiarias nacionales y extranjeras deberán enajenar las acciones que posean en otras entidades financieras privadas, como consecuencia de los convenios de asociación suscritos al amparo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Disposición Transitoria Vigésima sexta.- Desinversión: Las entidades del sector financiero privado y los accionistas de dichas entidades con propiedad patrimonial con influencia, en el plazo de un (1) año desde la vigencia de éste Código deberán desinvertir sus participaciones accionariales en las entidades financieras del extranjero que se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de acuerdo con los criterios del Servicio de Rentas Internas.

En caso de que una entidad financiera privada ecuatoriana o los accionistas de dichas entidades con propiedad patrimonial con influencia, mantengan

participación accionarial en un país que sea calificado por el Servicio de Rentas Internas como paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición, con posterioridad a la fecha de vigencia de este Código, dichas personas deberán desinvertir tal participación en el plazo de un (1) año.

- 6.2. La Disposición General Primera de la Resolución No. SB-2016-569 – NORMA DE CONTROL PARA DETERMINAR LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE UN GRUPO FINANCIERO, cuyo texto es el siguiente:

DISPOSICION GENERAL PRIMERA. - En el caso de que la Superintendencia de Bancos determine la existencia de un grupo financiero conformado con más de un banco nacional o más de una sociedad de servicios financieros y de servicios auxiliares del sistema financiero nacional, dedicados a la misma actividad, se deberá proceder con la desinversión respectiva o las figuras previstas en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

V. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA CONSTITUCIONAL

7. Inicialmente, para comprender el alcance de las inconstitucionalidades que se producen por las normas impugnadas, es necesario explicar cómo ha evolucionado el régimen constitucional y legal que rige las actividades económicas que desarrollan las entidades financieras, sus directivos y accionistas. Esta introducción le permitirá a la Corte Constitucional conocer que las normas cuya inconstitucionalidad demando, contrario a lo que ha dicho este organismo², no tienen como fin constitucional válido implementar la prohibición prevista en el artículo 312 de la Constitución, sino que introducen nuevas y distintas prohibiciones, ajenas a dicha norma constitucional.

8. El artículo 66 numeral 15 de la Constitución reconoce el derecho a realizar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Este derecho, también conocido como el derecho a la libre empresa, faculta a las personas a desarrollar actividades financieras, las cuales son consideradas por el artículo 308 de la CRE como servicios de orden público que pueden ejercerse previa autorización del Estado y de acuerdo con la ley.

² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 24-18-IN/21. Párr. 49. Este organismo ha considerado que los mecanismos implementados por las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del Código Orgánico Monetario y Financiero tienen un fin constitucional válido ya que tienen como “propósito implementar la prohibición contenida en el artículo 312 de la CRE, respecto de que los accionistas de instituciones del sistema financiero privado no pueden ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera”. Sin embargo, un análisis detenido de las normas impugnadas demostrará que no buscan implementar la prohibición contenida en el artículo 312, sino que introducen una prohibición nueva y distinta.

9. El artículo 312 de la Constitución, publicada en el Registro Oficial de 20 de octubre de 2008, introdujo originalmente dos restricciones directas al derecho a desarrollar actividades económicas, particularmente concernientes a las actividades financieras y de comunicación. Por un lado, el primer inciso del artículo 312 estableció que las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera. Por otro lado, el segundo inciso prohibió que entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas puedan participar en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social³.

10. El 17 de enero de 2011, el entonces Presidente de la República, Econ. Rafael Correa Delgado, presentó a la Corte Constitucional un proyecto de enmienda de la Constitución y solicitó la emisión de un dictamen sobre (i) el procedimiento de reforma constitucional que corresponde aplicar, (ii) la constitucionalidad de la convocatoria a referendo y (iii) la constitucionalidad de las preguntas. Específicamente, la Pregunta 3 del proyecto planteó enmendar el primer inciso del artículo 312 de la Constitución y crear una nueva restricción al derecho a desarrollar actividades financieras⁴.

11. Para justificar la enmienda del primer inciso del artículo 312 de la CRE, el entonces Presidente de la República manifestó que, a su juicio, el espíritu de la Constitución busca impedir que los grupos financieros privados y sus directivos, puedan tener el control del capital o participación en los medios de comunicación masiva privados y viceversa. Señaló que lo que pretende la CRE es que los grupos financieros privados se dediquen exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde, y no tomen parte en otro tipo de actividades ajenas a su objeto. Finalmente, indicó que:

Sin embargo, la norma actualmente vigente del Art. 312 de la CRE, ha permitido que surjan algunas interpretaciones equívocas que en ciertos casos pueden contradecir el espíritu y finalidades que, en este sentido, tiene la

³ El artículo 312 de la Constitución publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 prescribía: “Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera.

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

⁴ La propuesta de enmienda al primer inciso del artículo 312 fue la siguiente:

“Art. 312.- Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente.”

Constitución. Por lo tanto, se hace necesario reformar el indicado Art. 312, para que el mismo tenga una mayor precisión y, de igual manera, establezca una prohibición mucho más clara y ajustada a los parámetros constitucionales, con el objeto de garantizar la independencia, tanto del sistema financiero, como de los medios de comunicación masiva privados, sobre todo de carácter nacional, con relación a otros grupos de poder dominantes o monopólicos, a efectos de evitar los consabidos conflictos de intereses...

12. El 15 de febrero de 2011 la Corte Constitucional para el período de transición emitió el Dictamen No. 001-11-DRC-CC que determinó que la Pregunta 3 era constitucional y que podía ser tramitada vía el referéndum previsto en el artículo 441 numeral 1 de la CRE. La Corte Constitucional indicó que la enmienda tuvo como fin “la democratización del acceso a la propiedad de los medios de comunicación y la defensa social contra el conflicto de intereses en su manejo y administración”, y señaló que “este fin es plausible y legítimo desde el punto de vista constitucional”.

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

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

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

en monopolios; que estos medios tengan un ámbito de influencia generalizado.

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

14. Con base en esta exigua motivación de la Corte Constitucional de la época, se dio paso a que el electorado vote sobre una enmienda que restringía el contenido del derecho constitucional a desarrollar actividades económicas, en violación del artículo 441 de la CRE. Esta enmienda, como se explica más adelante, tuvo por objeto introducir nuevas restricciones o prohibiciones al derecho constitucional a la libertad de empresa que no estaban contempladas en el artículo 312 de la CRE original.

15. El 7 de mayo de 2011 se aprobó la enmienda al primer inciso del artículo 312 de la CRE en el referéndum celebrado el 7 de mayo de 2011⁵.

16. El 13 de julio de 2011 se publicó la enmienda al artículo 312 de la CRE⁶, la cual tuvo cuatro efectos jurídicos relevantes: (i) se amplió la restricción al derecho a la libertad de empresa que afectaba sólo a entidades y grupos financieros, para incluir también a sus directores y principales accionistas, a fin de que éstos no puedan ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera; (ii) se restringió el mismo derecho de las empresas privadas de comunicación, de sus directores y de sus principales accionistas, para que no puedan ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad comunicacional, (iii) se dispuso que las personas que incurran en estas prohibiciones enajenen sus acciones en el plazo de un año⁷ y (iv) se confirió a los organismos de control respectivos la facultad para regular esta disposición.

⁵ El sí obtuvo un porcentaje del 47.19%, el No el 41.89%, Blancos 5.23% y Nulos 5.70%.

⁶ El artículo 312 de la CRE enmendado fue publicado en Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de julio de 2011 con el siguiente texto:

“Art. 312.- Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente.”

⁷ El primer inciso de la Disposición Transitoria Vigésimo Novena de la CRE estableció: “Las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo”.

17. En lo que concierne a la presente acción pública de inconstitucionalidad, lo más relevante es que la enmienda al primer inciso del artículo 312 de la CRE tuvo por efecto que una persona que administra o invierte en el capital de una sociedad del sistema financiero privado adquirió una prohibición *de jure* que le impide desarrollar actividades económicas *fuera del sistema financiero privado* o invertir en el capital social de compañías que realizan actividades en otros sectores de la economía. Este es el alcance de la limitación constitucional. Pese a que es debatible la constitucionalidad de la enmienda, debe quedar claro que ésta se ha cumplido y no es materia de esta acción.

18. Sin embargo, pese a la claridad de la limitación constitucional, el 12 de septiembre de 2014, se publicó el Código Orgánico Monetario y Financiero que amplió las restricciones constitucionales al derecho a la libre empresa de entidades financieras, sus accionistas y directores, *impidiéndoles desarrollar actividades económicas dentro del sistema financiero privado* e invertir en otras compañías financieras. Las normas impugnadas por la ASOBANCA, cuyos textos constan en la sección IV de esta demanda, esencialmente impiden que accionistas de entidades financieras puedan invertir en otras actividades financieras, y restringen en forma intensa la conformación de un grupo financiero, desconociendo el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

19. La Asamblea Nacional, en la exposición de motivos, indicó que la nueva regulación busca “evitar que puedan perpetrarse los errores históricos del pasado, cuando la banca imponía las leyes y la normativa de control para reforzar las estructuras de poder económico concentradoras y excluyentes” y para “fomentar el acceso a los servicios financieros y la democratización del crédito, y a su vez potenciar el rol de las actividades financieras de forma eficiente para fortalecer la inversión productiva nacional...”.

20. Estas restricciones de origen puramente legal 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 entonces vigente 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.

21. En este escenario, 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, son patrimonios autónomos dotados de personalidad jurídica propia. Estas aportaciones de acciones cumplieron con el mandato de desinversión,

pues legalmente constituyen una transferencia de dominio de las acciones a fideicomisos autónomos, creados con la finalidad de que la fiduciaria pueda, a su vez, enajenar a terceros dichas acciones bajo las instrucciones fijadas por los constituyentes.

22. Lamentablemente, luego de haberse cumplido con las obligaciones de desinversión por parte de las entidades financieras, sus directores y accionistas, se publicó 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.

23. Dichas disposiciones transitorias obligaron a los constituyentes a reformar los contratos de fideicomiso para que se le faculte a la Superintendencia de Bancos para decidir a quien se enajenarán las acciones y fijar los términos y condiciones del contrato de venta. Asimismo, la disposición estableció que en caso de que los contratos de fideicomisos no sean reformados en treinta días, la Superintendencia de Bancos dispondrá la enajenación de las acciones en subasta pública.

24. Esto generó que el señor Juan Pablo Egas Sosa presentara una demanda de inconstitucionalidad en contra de estas normas⁸. El caso fue resuelto favorablemente por esta Corte Constitucional mediante Sentencia No. 24-18-IN/21, quien encontró que las disposiciones que obligaban a los accionistas a introducir cláusulas contractuales contrarias a su voluntad y que le otorgaban facultades prácticamente confiscatorias⁹ a la Superintendencia de Bancos están directamente contrapuestas con los derechos fundamentales a la libertad de contratación y a la propiedad privada. En concreto, la Corte Constitucional evidenció que estas normas no cumplían el test de limitación legítima de derechos, al no ser proporcionales.

⁸ Las normas demandadas son las siguientes: “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 (**LORDB**), por medio de la cual se añadieron las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera y Cuadragésima Cuarta del Código Orgánico Monetario y Financiero (**COMF**); y los artículos 1, 2 y 4 numerales 3, 4 y 6 de la Resolución No. SB-2017-296, Norma para la Aplicación de las Disposiciones Transitorias Cuadragésima Tercera, Cuadragésima Cuarta y Cuadragésima Quinta del COMF, agregadas por la LORDB.”

⁹ Al respecto, el Párrafo 64 de la Sentencia 24-18-IN/21 señala: “se observa que se otorga a la Superintendencia de Bancos, siendo una entidad de control, facultades extraordinarias para decidir en relación a fideicomisos mercantiles de los que nunca fue parte originaria. Además, se le concede competencias que, en principio, sólo deberían ser de las partes que constituyeron el fideicomiso mercantil. Esto cobra mayor importancia debido a que en el caso de que no se cumpla con los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Bancos, ésta podrá enajenar a su discreción y arbitrio las acciones objeto del fideicomiso. Lo que, en la práctica, en efecto genera una afectación directa del derecho a la propiedad de los accionistas que crearon los fideicomisos originales para cumplir con el mandato del COMF. Dado que no existe una justificación constitucional ni limitación en cuanto al monto de pago (como en una expropiación) esta enajenación obligatoria podría devenir en una confiscación de su propiedad.”

25. Sin duda, existen líneas conductoras entre la Sentencia No. 24-18-IN/21 y el caso que hoy nos convoca. En particular, la Corte Constitucional encontró que el mecanismo ideado por la Asamblea Nacional y la Superintendencia de Bancos para materializar la obligación de desinversión de las acciones era inconstitucional por violar los derechos a la libertad de contratación y propiedad, pero no se ha pronunciado todavía en forma específica sobre la inconstitucionalidad de las normas impugnadas en esta demanda que restringieron el derecho de los accionistas de entidades financieras a desarrollar actividades económicas *en el ámbito financiero* (algo no prohibido por el artículo 312 de la CRE) y crearon la obligación de desinversión de las acciones, en primer lugar.

26. ASOBANCA considera que este problema se origina en las restricciones introducidas por el COMF al derecho a desarrollar actividades financieras privadas y que generaron las obligaciones de desinversión. Reitero, las normas que impugno no implementan la prohibición del artículo 312 de la CRE, pues dicha norma prohíbe a los accionistas de entidades financieras desarrollar actividades en *sectores ajenos al financiero*, mientras que *las normas impugnadas impiden hacerlo en el sector financiero*. Por lo tanto, a través de esta demanda, ASOBANCA demostrará que las normas impugnadas son inconstitucionales por violar derechos y preceptos constitucionales, y por impedir la consecución de los objetivos de desarrollo económico y social previstos en la Constitución.

27. El gremio que represento está consciente de que la actividad financiera debe ser regulada y controlada por el Estado. Sin embargo, al examinar esta demanda, que ineludiblemente derivará en un estudio de la constitucionalidad del marco normativo vigente que regula el funcionamiento del sistema financiero privado, la Corte Constitucional debe tener en cuenta dos puntos críticos:

27.1. Gran parte de los bancos que están agremiados a ASOBANCA y que operan hoy en Ecuador, son instituciones responsables que transitaron por la crisis del año 1999 con solvencia, respetando los contratos con sus clientes y actuando con cautela. Es decir, las instituciones privadas que hoy son solventes y que tienen calificaciones internacionales de riesgo ejemplares, siguen en el mercado por haber actuado correctamente en un periodo de altísima imprevisibilidad y de inseguridad jurídica. No deja de ser paradigmático que las instituciones financieras privadas responsables sean hoy las que padezcan una restricción sumamente intensa e inconstitucional del Estado frente a la actividad bancaria.

27.2. El hecho de que la banca deba ser regulada y que el Estado tenga justificaciones para establecer límites en su operación, no implica que se puedan desconocer los derechos de las personas vinculados a esta actividad. Es decir, si bien esta actividad

puede ser regulada, de ninguna forma esta regulación puede llegar al punto de desconocer los derechos constitucionales de contenido económico que tienen los propietarios de instituciones financieras.

28. El Estado debe ejercer sus facultades regulatorias bajo un marco de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y respeto a los derechos constitucionales de las personas. No puede concertar acciones para atacar, desde la normativa, a un grupo de ciudadanos dueños de instituciones financieras, por más rentable que aquello fuere políticamente. Los límites para el accionar del Estado se encuentran en los principios y derechos constitucionales que, lamentablemente, fueron desconocidos en un periodo en el que primó el estigma irracional contra el sector bancario.

VI. FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN

A. Los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF son inconstitucionales por restringir el derecho a desarrollar actividades económicas

29. El primer cargo que formulo es que los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF, restringen el contenido del derecho fundamental a desarrollar actividades económicas. Por ende, las disposiciones adolecen de una inconstitucionalidad de fondo por violar los artículos 11, numeral 4, 66, numeral 15 y 84 de la Constitución. Para justificar esta alegación: (i) explicaré la naturaleza y contenido del derecho a la libertad de empresa, (ii) señalaré que este derecho ampara a las actividades financieras, (iii) indicaré que este derecho puede ser regulado pero no restringido y (iv) finalmente explicaré que las disposiciones impugnadas restringen el derecho.

30. El artículo 66, numeral 15, de la Constitución, reconoce y garantiza a las personas el “derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.

31. El derecho a desarrollar actividades económicas permite al individuo acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial que se adopte¹⁰. Este derecho constituye una manifestación concreta del libre desarrollo de la personalidad y busca que las personas desplieguen su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado, de la forma menos regulada posible¹¹.

¹⁰ Manuel Aragón Reyes, Constitución económica y libertad de empresa, Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I: introducción y títulos valor, Civitas, Madrid: 1996. Pg. 171.

¹¹ Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro, Artículo 38, Comentarios a la constitución española. Wolters Kruger. Madrid: 2008. Pg. 981.

32. La Constitución reconoce a este derecho constitucional como un derecho de libertad, es decir, como un derecho que garantiza el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el Estado o terceros¹². Los derechos de libertad atribuyen a su titular la facultad de tomar decisiones autónomas en un campo concreto y generan obligaciones negativas o de respeto al Estado, quien debe abstenerse de interferir en el ejercicio del derecho, pues la configuración de éste corresponde a sus titulares¹³.

33. El núcleo esencial de este derecho garantiza que las personas puedan incurrir en actividades económicas, generar empresa y riqueza con libertad. La doctrina ha definido que el contenido de este derecho se conforma por las siguientes libertades básicas: (i) el derecho a formar nuevas empresas o adquirir otras existentes; (ii) participación en la estructura de propiedad; (iii) participación en la administración; (iv) el principio de libre organización y autodeterminación de la empresa; (v) el derecho a permanecer en el mercado; (vi) la libertad de conclusión de la actividad económica¹⁴, y (vii) la libertad de inversión, es decir, el derecho a decidir, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida, la destinación de los recursos para la consecución de los fines empresariales¹⁵.

34. Este derecho fundamental ha sido concebido en forma amplia en la Constitución, permitiendo la realización de todo tipo de actividades económicas, de tal forma que en el objeto del derecho se incluye cualquier tipo de actividad lícita de la que pueda derivarse una ventaja económica¹⁶, incluyendo la actividad financiera. Sin embargo, este derecho no es absoluto pues su ejercicio puede ser limitado con base a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, y para proteger fines constitucionales legítimos como el orden público, la seguridad pública o los derechos de terceros.

35. El artículo 308 de la Constitución establece que las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; y tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del

¹² Antonio Cidoncha, La libertad de empresa, Editorial Aranzadi, Navarra: 2006. Pg. 205.

¹³ Andrea Fernández de Córdova, El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Universidad San Francisco de Quito, Quito: 2005.

¹⁴ Luis Sabogal-Bernal, Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia, Revista Mercatoria, Volumen 4, Número 1, Bogotá: 2005. Pg. 10.

¹⁵ Rivera Neumann, Teodoro, Reflexiones en torno a la Libertad de Empresa en la Constitución de 1980, 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001, Universidad Finis Terrae, Santiago: 2001 Pg. 416-417.

¹⁶ Ignacio García Vitoria. La libertad de empresa: ¿un terrible derecho? Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 140.

país. Adicionalmente, el artículo 309 *ibídem* señala que el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario.

36. Al mismo tiempo que la Constitución reconoce a las actividades financieras como servicios de orden público, garantizando la posibilidad de que el Estado las pueda regular y controlar, la Constitución reconoce que éstas pueden llevarse a cabo por el sector privado, naturalmente en ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Es decir, si bien este derecho no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores y regulatorios en procura de su adecuación a los cauces del interés general, en todo caso se debe respetar su núcleo esencial que concentra la idea rectora de la subsistencia de la libertad, la cual no se puede llegar a suprimir o desaparecer¹⁷.

37. Por lo tanto, el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, al igual que cualquier otro derecho constitucional, no puede ser *restringido*. Si bien el artículo 133, numeral 2, de la Constitución, le faculta a la Asamblea Nacional a regular mediante ley orgánica el ejercicio de los derechos, el artículo 84 de la Constitución establece que en ningún caso las leyes “atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución” y el artículo 11, numeral 4, prescribe que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

38. Esto significa que aún si el Estado se reserva en general la posibilidad de *regular* el ejercicio de los derechos constitucionales y, en particular, la posibilidad de regular la actividad financiera privada, no puede *restringirla*. La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que una *restricción* y una *regulación* de derechos no son lo mismo¹⁸. Al referirse al artículo 11 numeral 4 de la Constitución, el Juez Ramiro Ávila ha explicado que cuando la Constitución consagra un derecho reconoce “*un mínimo que no puede ser disminuido. Irrespetar el mínimo, a través de una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida. La prohibición de restricción no impide la regulación*”¹⁹.

39. Adicionalmente, el Juez Ávila ha dicho que la *regulación* de derechos permite ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, *restringir un derecho* o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable²⁰. Asimismo,

¹⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Compendio de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007. Pg. 1187.

¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 2-21-EE/21. Párr. 70.

¹⁹ Ramiro Ávila Santamaría, Los principios de aplicación de los derechos, en los Derechos y sus garantías, ensayos críticos, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito: 2012. Pg. 73.

²⁰ *Ídem*.

Nogueira Alcalá ha indicado que la *regulación* implica una afectación normativa mediante la cual se establecen modos, condiciones, formas y limitaciones del ejercicio de los derechos, la que se despliega a partir del contenido del derecho, tal como resulta de la construcción dogmática del mismo a través de su definición abstracta²¹.

40. La jurisprudencia comparada también se ha manifestado en el mismo sentido. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha explicado que regular el ejercicio de un derecho se refiere a “la forma puramente externa de manifestación de derechos, de modo que la actuación de éstos habría de someterse a requisitos que no afectarían a la actividad misma y que se dirigirían a garantizar la publicidad de la conducta amparada por el derecho fundamental, o como procedimiento o formalidades a las que se somete el ejercicio de un derecho, los que no pueden ser «tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio de tales derechos»”²². Igualmente, el Tribunal Constitucional Chileno ha sostenido que la facultad de *regulación* jamás podría interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho²³.

41. Fundamentalmente, la Corte Constitucional del Ecuador en el Dictamen No. 2-21-EE/21 expedido el 28 de abril de 2021, indicó que a través de una regulación de derechos “se establecen condiciones para su ejercicio pero no se impide el ejercicio de derechos”²⁴. Sobre este punto, la Corte Constitucional también ha enseñado que:

*La libertad de configuración legislativa de la Asamblea Nacional no es ilimitada y sin restricciones, pues debe desarrollarse sin exceder sus potestades demarcadas en la CRE y circunscribirse a determinar aspectos de la esfera de la legalidad que no transgredan el marco constitucional ni restrinjan los derechos y garantías constitucionales [...] De este modo, la libertad legislativa no es absoluta, puesto que debe ejercitarse dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE y en respeto a los derechos constitucionales de las personas, no siendo posible que estos sean vaciados de contenido*²⁵.

42. En este caso, las normas impugnadas del COMF introdujeron las siguientes *restricciones* al contenido del derecho a desarrollar actividades económicas de las entidades financieras, de sus directores y accionistas, que se resumen a continuación:

²¹ Nogueira Alcalá, op cit.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 11/81.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N°167, de 6 de abril de 1993, considerando 12.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 2-21-EE/21. Párr. 70.

²⁵ Sentencia 34-19-IN/21.

42.1. El artículo 399, primer inciso, numerales 1 y 4, del COMF dispuso que:

42.1.1. No podrán ser accionistas de entidades financieras privadas otras entidades financieras privadas (excepto en subsidiarias o afiliadas que conformen un grupo financiero).

42.1.2. 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 entidad²⁶.

42.2. El artículo 417 del COMF establece que:

42.2.1. 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.

42.2.2. Las entidades financieras del exterior, subsidiarias o afiliadas del banco nacional también formarán parte del grupo financiero.

42.3. El artículo 419 del COMF prescribe que se presumirá la existencia de un grupo financiero cuando entre un banco nacional y entidades financieras del exterior existan relaciones de negocio, dependencia de por lo menos el 20% de las operaciones, de gestión o de propiedad indirecta, u otras, con la entidad del sector financiero privado nacional o con sus mayores accionistas o administradores. Esta presunción convertirá de pleno derecho a las entidades del exterior en integrantes del grupo financiero nacional.

43. Las normas referidas no constituyen conceptualmente una mera regulación del derecho fundamental a desarrollar actividades económicas sino una *restricción* inconstitucional del mismo, debido a que:

43.1. En general, las normas impugnadas no establecen modos, condiciones, formas y limitaciones para el desarrollo de las actividades financieras, sino que introducen prohibiciones a las facultades de inversión y desarrollo de actividades financieras por parte de entidades financieras y sus accionistas.

43.2. En general, las normas no establecen requisitos o formalidades para el ejercicio ordenado del derecho, ni tampoco regulan la forma puramente externa de la

²⁶ 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.

manifestación del derecho, sino que coartan las facultades básicas que conforman el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, tales como la facultad de formar nuevas empresas, adquirir empresas existentes, la libre organización de la actividad económica y la libertad de inversión.

- 43.3. En particular, el artículo 399, primer inciso, numeral 4, del COMF, prohíbe a los accionistas de entidades bancarias con propiedad patrimonial con influencia, es decir, propietarios de tan solo el 6% del capital social, a ser accionistas con propiedad patrimonial con influencia en otra entidad bancaria, creando un impedimento *de jure* para que estas personas inviertan en el único sector de la economía que les permite el artículo 312 de la CRE. Así, se desconoce la libertad de inversión en el único sector que para ellos no está prohibido constitucionalmente.
- 43.4. Asimismo, el artículo 399, primer inciso, numeral 4, del COMF, ocasiona que los accionistas de entidades financieras no sólo se vean impedidos de invertir en sectores económicos ajenos al financiero, sino que además se vean prohibidos de invertir en entidades del mismo sector financiero, lo cual desconoce su libertad y autonomía para tomar decisiones sobre la forma en que diversificarán, optimizarán y organizarán sus inversiones en el ámbito financiero.
- 43.5. El artículo 399, primer inciso, numeral 1 del COMF, en concordancia con el artículo 417 *ibídem*, prohíbe que entidades financieras privadas sean accionistas de otras entidades financieras privadas excepto en subsidiarias o afiliadas que conformen un grupo financiero, el cual, a su vez, 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. Estas normas desconocen la libertad de una compañía para asociarse con otra a fin de optimizar, ampliar y hacer más eficiente su operación.
- 43.6. Igualmente, el artículo 399, primer inciso, numeral 1 del COMF, en concordancia con el artículo 417 *ibídem*, no permite que una entidad financiera que tiene el tamaño y las capacidades de expansión adecuadas, ni sus accionistas, pueden optar por adquirir o crear empresas similares, con el fin de aprovechar el conocimiento que tienen del mercado, aplicar sus buenas prácticas, abaratar los costos, ampliando la oferta de valor al mercado y prestando más y mejores servicios a los usuarios. Así, se elimina la facultad de creación de empresas, de organización de la actividad económica y la autodeterminación de la forma en que la llevarán a cabo.
- 43.7. Los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, y 417 del COMF, obstaculizan la capacidad de expansión empresarial de los ciudadanos. Estas normas impiden que

las personas con capacidad, recursos y voluntad de invertir en el país lo hagan, en ejercicio de su libre iniciativa privada. A través de estas normas, el Estado desconoce la facultad de los particulares para desplegar su potencial creativo, productivo y empresarial en forma autónoma respecto del Estado, limitando al máximo una manifestación concreta del libre desarrollo de su personalidad.

43.8. El artículo 419 del COMF impide que una entidad financiera nacional pueda tener relaciones de negocio significativas con entidades financieras del exterior, pues una vinculación de operaciones, de gestión o de propiedad con la entidad financiera del exterior, sus administradores o accionistas, convertirá a dichas sociedades extranjeras en integrantes del grupo financiero, el cual está sometido a la conformación restrictiva del grupo prevista en el artículo 417 del COMF. Esta disposición coarta la libertad de inversión de personas y entidades financieras extranjeras en el sistema financiero nacional.

44. Por lo expuesto, los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF atentan y restringen el contenido del derecho a desarrollar actividades económicas, particularmente en el ámbito financiero, en violación de los artículos 11, numeral 4, y 84 de la Constitución, por lo que solicito que se declare su inconstitucionalidad.

B. Subsidiariamente, los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF son inconstitucionales por no cumplir el test de proporcionalidad para la regulación y limitación del derecho a desarrollar actividades económicas

45. El segundo cargo que formulo es que en el supuesto no consentido de que la Corte Constitucional considere que los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF, no introducen restricciones al derecho a la libertad de empresa sino *regulaciones* al mismo, estas son inconstitucionales por no superar el test de proporcionalidad. A continuación demostraré que aún si estas normas son categorizadas como regulaciones o limitaciones que la Asamblea Nacional puede emitir en el ejercicio de su potestad normativa, estas son desproporcionadas y, por lo tanto, inconstitucionales.

46. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, derivado de la idea de justicia material, a través del cual se busca que las limitaciones de los derechos que la Constitución reconoce a las personas sean realmente útiles, imprescindibles, necesarias y sobre todo equilibradas y fundadas en razones de interés general, especialmente dirigidas a la protección de los intereses de la colectividad. Asimismo, este principio busca que el ejercicio de la potestad normativa con relación a los derechos de las personas se agote con

la menor intensidad posible y que ninguna acción del Estado exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en la Constitución²⁷.

47. En el contexto de las regulaciones y limitaciones a las actividades financieras, la aplicación del principio de proporcionalidad resguarda la racionalidad de la intervención del Estado en la esfera de acción de los particulares. Aun si la Constitución le faculta a la Asamblea Nacional a regular el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, sobre todo en el ámbito de la actividad financiera que es considerada por el artículo 308 de la CRE como un servicio de orden público, la regulación debe ser razonable, adecuada y proporcional frente al ejercicio del derecho a la libertad de empresa.

48. Para analizar la constitucionalidad de los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF, en caso de que la Corte Constitucional considere que se tratan de regulaciones al derecho, debemos recurrir al principio de proporcionalidad que ha sido utilizado como un criterio universal de evaluación de la legitimidad de las medidas estatales, sobre todo de aquellas que condicionan el ejercicio de los derechos fundamentales²⁸. Además, sobra decir que el test de proporcionalidad ha sido utilizado comúnmente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador²⁹.

49. Adicionalmente, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido en el artículo 3 numeral 2 de la LOGJCC, como un método de interpretación constitucional que está diseñado para analizar la *razonabilidad* de las actuaciones públicas en relación con los derechos fundamentales, con miras a obtener una respuesta justificada que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de la sociedad³⁰. Es un test de razonabilidad (medio – fin) que verifica que la limitación a un derecho sea *adecuada y necesaria* para alcanzar un fin constitucional legítimo.

50. El test de proporcionalidad verifica, paso a paso, el cumplimiento de cuatro condiciones: (i) persecución de un fin legítimo, (ii) idoneidad de la medida, (iii) necesidad, y (iv) proporcionalidad en sentido estricto³¹. Estos pasos se aplican de manera sucesiva y escalonada. Si las normas antes referidas no superan cualquiera de las referidas condiciones, se incumplirá con el principio de proporcionalidad y las disposiciones jurídicas resultarán inconstitucionales.

²⁷ Santofimio Gamboa, Op. Cit. Pg. 293.

²⁸ Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, Luis Felipe Vergara Peña, La ponderación en el derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2014. Pg. 11.

²⁹ Ver Corte Constitucional. Sentencia No. 024-15-SIN-CC, Registro Oficial S. 575 de 28 de agosto del 2015.

³⁰ Jaime Cárdenas García, Noción, Justificación y Críticas al Principio de Proporcionalidad, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm 139, enero-abril de 2014, Pg. 67.

³¹ Eduardo Montealegre Lynett, Op. Cit. Pg. 16.

51. A continuación, analizo cómo los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF, no superan el test de proporcionalidad, por no ser idóneos ni necesarios, y por fallar la prueba de la proporcionalidad estricta.

a. Persecución de un fin legítimo

52. Como se explicó en la Sección V de esta demanda, las normas impugnadas no tienen por finalidad implementar la prohibición del artículo 312 de la CRE, puesto que dicha norma constitucional prohíbe que entidades financieras, sus directivos y accionistas puedan desarrollar actividades o invertir en empresas y/o actividades ajenas al sector financiero. Las normas impugnadas, en cambio, prohíben realizar actividades o invertir en empresas del mismo sector financiero. En consecuencia, al tratarse de prohibiciones distintas, no es posible encontrar un fin constitucional válido en el artículo 312 de la CRE.

53. A pesar de lo expuesto, al revisar la exposición de motivos del COMF, es claro que los fines que el legislador se propuso al aprobar las disposiciones impugnadas es (i) evitar la concentración de capital en el sector financiero privado y (ii) garantizar la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez del sistema financiero. Aún si dichas finalidades son constitucionalmente legítimas, conforme se explica a continuación, es evidente que las normas impugnadas no son idóneas, necesarias ni proporcionales para lograr dichos fines y, por lo tanto, son inconstitucionales.

b. Subprincipio de idoneidad

54. De conformidad con la exposición de motivos del proyecto de ley, el COMF se creó para (i) prevenir que se repitan las condiciones sistémicas que dieron lugar a la crisis financiera de 1998; y, (ii) crear estructuras de mercado donde el proceso adversarial competitivo discipline a los operadores económicos y ofrezca los mejores servicios en favor de los consumidores. Estos objetivos están vinculados.

55. El COMF, en su exposición de motivos, señala que las normas de inicios de la década de 1990 permitieron la “vinculación accionaria de los bancos con otros sectores económicos, relajamiento de los indicadores financieros bancarios, pérdida de capacidades de la Superintendencia de Bancos, concentración de créditos en pocas personas o empresas vinculadas a las instituciones financieras”, entre otras.

56. La solución normativa prevista en el COMF es, entre otras, la desconcentración del control y del crédito otorgado por las instituciones del sistema financieros y la regulación restrictiva de la conformación de grupos financieros, como un mecanismo supuestamente

tendiente a garantizar la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez del sector financiero.

57. Respecto de la primera solución, ésta en principio se articula con los objetivos de la política económica y comercial contenidos en la Constitución, como (i) evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados³²; (ii) incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas³³; (iii) promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración³⁴; y, (iv) la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia³⁵.

58. Reducir la concentración en los mercados es, sin duda, un objetivo loable; la atomización de oferentes conduce, generalmente, a condiciones más competitivas³⁶. Hallazgos empíricos en la industria financiera confirman esta conclusión: a mayor participantes y competencia, los bancos reducen su *spread*³⁷, traduciéndose en ofertas competitivas y mejores condiciones para los consumidores y usuarios³⁸. El efecto de la desconcentración, al ser deseable, es también objetivo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado³⁹.

59. Sin embargo, el efecto de la primera solución, dado el contexto normativo local que puede entenderse como una de *represión financiera*⁴⁰, y la segunda solución propuesta, tal como han sido incluidas en los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 3, 417 y 419 del

³² Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

³³ Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.

³⁴ Art. 334.1.- El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: 1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

³⁵ Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas.

³⁶ Christopher Decker, Concepts of the Consumer in Competition, Regulatory, and Consumer Protection Policies, Oxford Journal of Competition Law & Economics, 13(1), 151-184.

³⁷ El *spread* financiero es la diferencia entre la tasa cobrada y pagada a depositantes y prestamistas.

El *spread* es una buena medida del costo financiero y se asimila a los márgenes brutos de industrias no-financieras.

³⁸ María Soledad Martínez; Mody, Ahoka, How Foreign Participation and Market Concentration Impact Bank Spreads: Evidence from Latin America, Journal of Money, Credit and Banking, Vol. 36, No. 3, Part 2: Bank Concentration and Competition: An Evolution in the Making, a Conference Sponsored by the Federal Reserve Bank of Cleveland May 21-23, 2003 (Jun., 2004), pp. 511-537.

³⁹ Ley 0 publicada en Registro Oficial Suplemento 555 del 13 de octubre de 2011.

⁴⁰ Peter Montiel, Macroeconomics in Emerging Markets, pg. 215. Existen estudios que indican que la sola existencia de *represión financiera* puede derivar en un sistema financiero más frágil (Barth, James R., Caprio Gerard, Levine, Ross, Financial Regulation and Performance: Cross-Country Evidence, 2001).

COMF no son instrumentos idóneos para lograr estos fines y, de hecho, los contradicen. Es decir, contrario a cumplir con el objetivo de eliminar la concentración en el sector financiero privado, las normas producen exactamente lo opuesto.

60. Por un lado, el COMF al imponer restricciones innecesariamente gravosas para acceder a la propiedad de las instituciones financieras del sector privado, producen un efecto de concentración. En efecto, por mandato del artículo 312 de la Constitución una persona que desee invertir en una entidad financiera privada no debe tener inversiones en ningún otro sector de la economía y, por efecto de las normas impugnadas en esta demanda, no puede tener inversiones sustanciales en otras instituciones financieras.

61. Por tanto, estas normas logran justamente lo opuesto a los objetivos de desconcentración enunciados en su exposición de motivos y a aquellos permitidos por la CRE, pues obstaculizan e impiden nuevas inversiones en el ámbito financiero. Por otro lado, la limitación a la conformación orgánica de los grupos financieros causa ineficiencias a nivel de los grupos financieros que, por efectos de la concentración causada por las normas citadas, se ven obligadas a fusionar entidades, incluso en la ausencia de sinergias que justifiquen económicamente dichas fusiones⁴¹.

62. Más allá de que políticamente las normas demandadas puedan generar una retórica atractiva, en ningún caso se pueden reputar idóneas para la consecución de un fin constitucional. Precisamente, con su vigencia solo se logra que el sector siga hermético en su conformación de grupos financieros, no se diversifique, no sea atractivo para la banca extranjera y, en definitiva, se mantenga en el control de las mismas organizaciones, lo que, precisamente, quiere evitar la Constitución.

63. En varias economías latinoamericanas, un mayor número de nuevos competidores (desconcentración del mercado de intermediación financiera) se tradujo en *spreads* más competitivos. En Argentina, por ejemplo, la participación de bancos extranjeros pasó del 18.9% en 1995 al 49.4% en 2000⁴². En Chile, México y Perú, el porcentaje de acreencias en bancos extranjeros (ya sea instituciones con operaciones *de novo* o ingresos logrados a través de la adquisición de un banco local) se incrementó del 15% en 1995 a más del 40% en 2000.

64. El ingreso de nuevos competidores -en el caso de estudio en forma de bancos extranjeros-, significó mayor competitividad, que se traduce en menores tasas de interés (y una subida del porcentaje de la sociedad bancarizada), y menos costos operativos que

⁴¹ Desde un punto de vista financiero, las sinergias son la justificación más común de adquisiciones (Berk y DeMarzo, Corporate Finance, Pearsons, 2014, pág. 934).

⁴² Considerado en deudas por pagar.

significa una reducción de tarifas en todo el sistema bancario⁴³. Nuevamente, vemos que la reducción de la concentración provoca mejoras sistémicas.

65. Por otro lado, existe evidencia que una *regulación estructural*, como la que se quiere proponer a través de los requisitos impuestos a la conformación de un grupo financiero, es cara para los agentes económicos, lo cual contradice los principios de productividad y valor agregado señalados en la Constitución⁴⁴.

66. En otras jurisdicciones como en Estados Unidos de América y Reino Unido, este tipo de regulación fue aplicada justamente después de la crisis del 2008, citada en la exposición de motivos del COMF⁴⁵. Este tipo de regulación está dirigida a asegurar la estabilidad financiera macroeconómica de los sistemas financieros a través de (i) proteger a las actividades básicas del sistema financiero (*core activities*) de un contagio sistémico; (ii) imponer requerimientos de capital adicional a estas actividades; (iii) facilitar los procesos de resolución bancarios; y, (iv) reducir el problema de riesgo moral de los mercados financieros. Por tanto, dicha regulación tiene como efecto separar, a nivel de grupo e incluso a nivel institucional, a las instituciones que prestan servicios financieros ordinarios versus servicios más sofisticados, como la banca privada, que tiene más sustitutos y un impacto sistémico mayor⁴⁶.

67. En el caso de Ecuador, la regulación estructural incluida en el COMF no separa a las entidades de un grupo financiero por tipo de actividad (una entidad bancaria puede desarrollar todas las actividades indicadas en el artículo 194 del COMF, sino por número de tipo de entidad, lo cual no parece tener una base económica clara). Aún más, dado el efecto de concentración que tienen las normas impugnadas, no propende a una desinversión que cuide de la estabilidad financiera del sistema.

68. Por tanto, los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF, en lugar de instrumentar condiciones competitivas, impiden la entrada de nuevos competidores al mercado y obligan a muchos de los existentes a concentrarse, contra su voluntad o, en su defecto, a desinvertir sus acciones. Sin embargo, como se ha explicado, las restricciones del COMF impiden que nuevos inversionistas adquieran dichas acciones y se materialice el mandato de desinversión.

⁴³ María Soledad Martínez; Mody, Ahoka, How Foreign Participation and Market Concentration Impact Bank Spreads: Evidence from Latin America, op. cit., pg. 535.

⁴⁴ Eric Posner y E. Glen Weyl, Benefit-Cost Analysis for Financial Regulation, 2013.

⁴⁵ José Viñals y otros, Creating a Safer Financial System: Will the Volcker, Vickers, and Liikanen Structural Measures Help?, IMF Staff Discussion Note, Mayo 2013.

⁴⁶ John Armour, Structural Regulation of Banking, 2014.

69. Además, dichas normas, en la práctica, impiden la entrada de cualquier institución financiera extranjera (ya sea *de novo* o a través de la adquisición de una institución local). Esto se produce porque el artículo 312 de la CRE ya impide que un banco pueda dispersar su riesgo a través de inversiones estratégicas en distintos segmentos económicos cercanos a la banca. Se impide 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.

70. Esto no debe confundirse con un reclamo a favor de la concentración; lo que específicamente alegamos es que las reglas, en su amplitud y arbitrariedad, no permiten que competitivamente, grupos financieros con experiencia, participen y aporten en la construcción de industrias que se beneficiarían de los sofisticados conocimientos de inversores con experiencia. Este tipo de inversiones son usuales y otorgan, como hemos señalado, dinamismo al mercado, que se traduce en un portafolio de servicios y productos más amplio y a menores costos⁴⁷.

71. Es por esto que países con un *spread*, en promedio, menor al ecuatoriano, poseen presencia significativa de bancos extranjeros, regionales o internacionales. Para el año 2000, en Argentina operaban 40 bancos extranjeros, en Chile 18, en Colombia 10, en México 20, en Perú 11. En Ecuador, por el contrario, opera únicamente un banco extranjero: Citibank, y con una presencia y cuota de mercado marginal⁴⁸.

72. En adición a la referida restricción prevista en el artículo 312 del COMF, las normas del COMF restringen la posibilidad de que una entidad bancaria invierta en el capital de otra sociedad financiera. Visto así, el COMF deja la improbable alternativa que, enfrentando las enormes barreras regulatorias de entrada, aparezca un nuevo banco, desde cero y sin participación de otro operador experimentado, en el mercado. Esta opción, por supuesto, es inviable; la banca es un mercado maduro que requiere, además de capitales técnicos sustanciales requeridos por las autoridades nacionales, una curva de inversión y aprendizaje demasiado empinada.

73. El problema se agrava porque, además de virtualmente impedir la participación extranjera, el COMF obligó a que las sociedades financieras desaparezcan. Frente a esta desaparición, las opciones son la venta forzosa o la absorción. La absorción, siendo la única opción verdaderamente viable, termina en una mayor concentración de mercado y en una afectación del valor de las instituciones financieras del sistema privado que, bajo un análisis

⁴⁷ J.A. Bikker, K. Haaf / Journal of Banking & Finance 26 (2002) 2191–2214.

⁴⁸ Las sucursales en Ecuador de ABN, Banco Holandés Unido, Bank of America National Trust and Savings Association, ING Bank y Lloyds Bank fueron cerradas hace mucho tiempo.

de productividad y valor agregado, no optarían por unirse, todo lo cual es precisamente contrario a los objetivos del COMF.

74. De la información publicada en la Superintendencia de Bancos luego de la promulgación del COMF, se identificaron varias sociedades financieras que, sin la opción del ingreso de un competidor extranjero que las adquiriera -dadas las prácticamente insuperables barreras regulatorias- fueron absorbidas por bancos, transformadas en bancos o liquidadas, dejando el mercado bancario ecuatoriano más concentrado. Así, es evidente que las normas cuya inconstitucionalidad alegamos, no son idóneas para la consecución de fines constitucionalmente legítimos.

75. Adicionalmente, hay que destacar que el COMF en ningún momento indica que estas restricciones constituyen como medios para alcanzar los principios de solidaridad, responsabilidad y social. De hecho, dichas finalidades son absolutamente impertinentes para justificar las medidas de restricción en la propiedad de acciones del sistema financiero, la cerrada conformación de grupos financieros y la restricción a la inversión de entidades financieras extranjeras en el sistema financiero nacional.

c. Subprincipio de necesidad

76. El subprincipio de necesidad estudia si es que existen medidas más benignas. Es decir, este análisis requiere que se mire si mediante una intervención menos gravosa (en el sentido de comprometer el ejercicio de derechos fundamentales) para los ciudadanos, se pueden lograr los mismos objetivos.

77. Existen dos mecanismos, ya existentes e implementados, que logran de manera efectiva la consecución de los fines constitucionalmente descritos y que hacen innecesaria la existencia de los artículos del COMF mencionados. Estos mecanismos son:

77.1. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (“**LORCPM**”) y sus prohibiciones respecto abusos de poder de mercado, prácticas restrictivas y prácticas desleales. La LORCPM tiene mecanismos específicos que sancionan y corrigen, *ex post*, las conductas unilaterales de operadores dominantes o las restricciones de dos o más operadores económicos en colusión⁴⁹. Es más, la LORCPM posee un régimen de control de concentraciones que permite un examen competitivo de cualquier concentración entre operadores económicos que pudiere resultar anticompetitiva. Esta Ley es suficiente para abordar los fallos del mercado

⁴⁹ Los artículos relevantes, a efectos de esta explicación, son el 9, 10, 11 y 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

que el COMF dice produjeron la crisis bancaria de 1998, sin invadir el núcleo duro del derecho al desarrollo de libertades económicas.

77.2. Por otro lado, como salvaguardia contra las relaciones intragrupo, está el régimen respecto de las operaciones dentro de los grupos económicos y normas de solvencia, que existen en el propio COMF, en los artículos 420, 421, 422 y 423. De hecho, de acuerdo con los Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Eficaz del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, la forma de regular los grupos financieros es a través de requerimientos de capital mínimo⁵⁰ y de manera consolidada⁵¹. De esta manera, se salvaguarda la prudencia y solvencia de todas las entidades del grupo. Por tanto, desde este punto de vista, no sería necesario que el regulador determine cuántos tipos de instituciones deben existir dentro de un grupo financiero, tal como lo hace a través de las normas del COMF impugnadas.

78. A través de estos dos mecanismos se podría alcanzar en forma razonable los fines de desconcentración y regulación que propone el COMF, sin afectar en forma desproporcionada el derecho constitucional a desarrollar actividades económicas.

d. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

79. Como se ha dicho, si bien el Estado puede regular ciertos aspectos de la actividad económica a través de normas como la ley, estas regulaciones y limitaciones se admiten y justifican cuando no afecten derechos constitucionales y sean expedidas y aplicadas con fundamento técnico. Así, no basta con que las disposiciones incluidas en el COMF sean formalmente válidas, sino que deben ser materialmente atinentes y correspondientes con los parámetros constitucionales. Por otro lado, la Constitución reconoce y garantiza, como derecho de libertad, el desarrollo de actividades económicas conforme a los principios de solidaridad y responsabilidad social y ambiental.

80. A través de las normas impugnadas del COMF que, en la práctica, concentran el mercado de intermediación financiera, se está afectando en forma desproporcional el derecho constitucional al desarrollo de actividades económicas. Establecer la prohibición de inversión o adquisición de acciones dentro del mismo sector y financiero, y la conformación restrictiva de los grupos financieros, tienen por efecto obligar a la desinversión de las

⁵⁰ André Oliveira Santos and Douglas Elliott, Estimating the Costs of Financial Regulation, Septiembre 11, 2012, pag. 10.

⁵¹ Principio 12 – Supervisión consolidada: 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.

acciones o la fusión de compañías financieras. Esto significa que el Estado está restando el margen de gestión gerencial de una empresa y obligando, incluso cuando las situaciones no lo requerían o si su resultado es desfavorable para la economía, a tomar decisiones sin sentido de estrategia comercial.

81. Una fusión, adquisición o venta, se hace con miras a explotar sinergias o beneficios específicos de una transacción. Estas oportunidades, si es que existen, son explotadas cuando traerán beneficios. El COMF, en lugar de permitir que se analicen si existen estas oportunidades, impone las condiciones, incluso cuando la consecución de la venta u absorción sea negativa.

82. Según la Constitución, el Ecuador es económicamente soberano, si bien el mercado es uno de los elementos de desarrollo claves en el funcionamiento de la economía, debe guardar una relación e interacción armoniosa con el Estado y la sociedad⁵². Así lo reconoce el artículo 283 de la Constitución. Esto significa que los participantes del mercado, además de buscar la maximización de sus ganancias, deben tener en cuenta su responsabilidad con la sociedad y el Estado, pero esto no quiere decir que el Estado pueda abrogar la facultad de determinar cuándo o cómo dos instituciones se fusionan, o la manera de desprenderse de unidades de negocio.

83. Transferir estas responsabilidades gerenciales al Estado es inconstitucional porque (i) no es la forma adecuada de servir los intereses de la sociedad, ya que atenta contra la productividad y competitividad sistémicas y afecta la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, violando el artículo 284 de la Constitución; y, (ii) afecta la capacidad gerencial de un empresario que forzosamente deja en manos de terceros la definición de estrategias comerciales.

84. Justamente, el COMF es inconstitucional porque sobrepasa las necesidades de intervención estatal para asegurar el cumplimiento de las condiciones de responsabilidad y solidaridad a las que están sujetas las actividades económicas (de hecho, logra efectos perniciosos), y suplanta la gestión empresarial por la decisión del Estado violando el derecho al desarrollo de actividades económicas. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia:

... el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir

⁵² Vintimilla, Jaime, La Constitución Económica del Ecuador, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Iuris Dictio, Vol. 007.

licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio a título de ejemplo no podría interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada...⁵³.

85. En conclusión, se ha demostrado que los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417 y 419 del COMF, son inconstitucionales pues constituyen una limitación injustificada e irrazonable del derecho a desarrollar actividades económicas, en aplicación del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, solicitamos que en sentencia se declare la inconstitucionalidad por el fondo de estas normas jurídicas.

C. Las Disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del COFM y la Disposición General Primera de la Resolución No. SB-2016-569 son inconstitucionales por violar los artículos 82 y 309 de la Constitución, así como los derechos a desarrollar actividades económicas y la seguridad jurídica

86. El tercer cargo que formulo es que las Disposiciones transitorias vigésima quinta y vigésima sexta del COMF y la Disposición General Primera de la Resolución No. SB-2016-569 son inconstitucionales por el fondo por transgredir a los artículos 82 y 309 de la Constitución. Como se explicará, estas normas jurídicas rompen los principios de confianza legítima, estabilidad normativa y desconocen derechos adquiridos.

87. La Disposición Transitoria Vigésimo Quinta del COMF, en esencia, prescribe que 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.

88. Asimismo, la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta del COMF dispone que 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. Así, si una entidad financiera o sus accionistas mantienen participación accionarial en un país calificado por el Servicio de Rentas Internas como paraíso fiscal o jurisdicción de menor

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-524 de 1996.

imposición, con posterioridad a la fecha de vigencia del COMF, deberán desinvertir tal participación en el plazo de un año.

89. Concordantemente, la Disposición General Primera de la Resolución No. SB-2016-569 establece que en el caso de que la Superintendencia de Bancos determine la existencia de un grupo financiero conformado con más de un banco nacional o más de una sociedad de servicios financieros y de servicios auxiliares del sistema financiero nacional, dedicados a la misma actividad, se deberá proceder con la desinversión respectiva o las figuras previstas en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

90. El artículo 17 de la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero⁵⁴, vigente antes del COMF, permitía la asociación entre dos o más instituciones financieras, sin que cada una de ellas perdiera su personería jurídica y tenía por objeto la ampliación de servicios, la creación de sinergias o también podía ser un mecanismo previo a una fusión. Se trataba de un mecanismo que fomentaba la eficiencia y la ampliación de la oferta de servicios bancarios para la ciudadanía y, además, estaba en línea con los esquemas de asociación internacionalmente reconocidos.

91. Claramente, la planificación de las actividades e inversiones que una institución del sistema financiero realiza al momento de decidir entrar en un esquema de asociación implica una confianza legítima en que el esquema normativo que lo permite se mantenga en el tiempo. La planificación en esta materia es fundamental y se realiza a largo plazo, con la expectativa de tener estabilidad normativa y seguridad jurídica, las cuales fueron súbitamente eliminadas por la entrada en vigor del COMF.

92. Igualmente, cuando una persona invierte en el capital de una compañía mercantil, inclusive en el ámbito financiero, aspira que el marco jurídico y los contratos al amparo de

⁵⁴ El artículo 17 de la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero disponía: “La conversión, esto es, la modificación o el cambio del objeto o actividad de una institución sometida al control de la Superintendencia, para adoptar el objeto y la forma de otra institución prevista en esta Ley, no altera la existencia de la institución como persona jurídica y solamente le otorga las facultades y le impone las exigencias y limitaciones legales propias de la especie adoptada. La asociación, esto es, la unión de dos o más instituciones financieras que se encontraren en actual funcionamiento, sin que cada una de las instituciones asociadas pierda su identidad y personería jurídica, podrá hacerse previa autorización de la Superintendencia en los siguientes casos: a) Para la ampliación o atención de servicios específicos; b) Para superar deficiencias de patrimonio técnico de alguna de las instituciones que se asocien cuyo caso el convenio de asociación deberá concluir con un programa de fusión; y, c) Como un mecanismo de aproximación a un programa de fusión. El convenio de asociación deberá incluir la determinación de la institución financiera que hará cabeza de la asociación, así como las normas que la rijan y la responsabilidad de cada una de ellas frente a los riesgos que asuman. El convenio de asociación a que se refiere el literal a), permitirá a la institución financiera que haga cabeza de la asociación, invertir directamente o a través de sus subsidiarias en el país o en el extranjero, un porcentaje no mayor al cuarenta y nueve por ciento (49%) en el capital pagado de la entidad receptora, inversión que solamente podrá mantenerse mientras dure el convenio de asociación. La Superintendencia dictará las normas aplicables para que operen la conversión y la asociación previstas en este artículo.

los cuales destinó su capital se respeten, y que la conducta de las autoridades sea previsible, ajustada rigurosamente a la Constitución. Todo inversionista apuesta a un marco jurídico establece, cierto y estable que le otorgue confianza y tranquilidad. Así, un accionista de una entidad financiera que resolvió invertir lícitamente en el capital de otra entidad financiera con la cual suscribió un convenio de asociación, conforme lo permite el artículo 312 de la CRE, debe tener la certeza de que su inversión será respetada y protegida.

93. La misma certeza, estabilidad y confianza legítima se debe asegurar a las personas y entidades financieras que, actuando de conformidad con las normas jurídicas vigentes a la época de su inversión y respetando el artículo 312 de la CRE, decidieron adquirir acciones en el capital de entidades financieras del extranjero, independientemente de que éstas se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición. Dichas actuaciones e inversiones con relevancia jurídica se realizaron bajo el paraguas de un marco normativo determinado, otorgando a las personas la certeza y previsibilidad de que su inversión no sería menoscaba a futuro.

94. Entonces, a través de las normas jurídicas antes identificadas, se eliminaron figuras que habían sido legítimamente utilizadas por las entidades financieras privadas y sus accionistas para invertir y crear complejos esquemas de negocio y desarrollarse hacia el futuro, confiando, erradamente en la institucionalidad ecuatoriana.

95. Esto colisiona con el artículo 82 de la CRE que reconoce el derecho a la seguridad jurídica cuyo núcleo esencial garantiza que las personas estén sujetas a reglas claras, previas y públicas que permitan tener certeza con respecto al devenir jurídico de sus bienes y derechos durante el tiempo. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que este derecho se basa en la certeza, confianza y estabilidad respecto a la aplicación del ordenamiento jurídico⁵⁵.

96. Si las autoridades accionadas en este caso hubiesen aplicado los elementos que configuran el contenido del derecho a la seguridad jurídica, jamás habrían podido eliminar súbitamente figuras jurídicas sobre la base de las cuales las entidades financieras y sus accionistas planificaron su desarrollo, crecimiento e inversión. Aun si el legislador estuviere facultado para cambiar repentinamente las reglas de juego, aquello no le permite afectar las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas bajo el marco normativo anterior, obligando a las entidades financieras y a sus accionistas a desinvertir.

97. El derecho a la seguridad jurídica, en definitiva, se manifiesta como la necesidad que tiene la sociedad de contar con claros y precisos modelos normativos de conducta,

⁵⁵ Sentencia No. 2004-13-EP/19.

establecidos con anticipación, para dotar de certeza y viabilidad a las previsiones jurídicas, así como asegurar situaciones jurídicas previamente consolidadas⁵⁶. Bajo ningún concepto, las normas jurídicas impugnadas podían tener como resultado la obligación de desinvertir acciones y desprenderse de una propiedad consolidada al amparo de una normativa anterior que, en ningún caso, contravenía a la Constitución.

98. Esta seguridad está sujeta a un estándar aún más alto en la actividad bancaria, porque la misma Constitución reconoce en el artículo 309 que: *“estos sectores contarán con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de **preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez**”*. Por lo tanto, las obligaciones de desinversión establecidas en las Disposiciones transitorias vigésimo quinta y vigésimo sexta del COMF, así como la Disposición general primera de la Resolución No. SB-2016-569, violan el artículo 309 de la Constitución por eliminar el mandato de que las normas que rijan al sector financiera preserven la seguridad y estabilidad.

99. En último término, estas normas jurídicas obligan a las entidades financieras y a sus accionistas a desinvertir en el capital de otras entidades financieras nacionales y extranjeras, lo cual les obliga a terminar forzosamente sus actividades económicas. Como se explicó anteriormente, el derecho a desarrollar actividades económicas tiene como parte integrante de su núcleo la libertad de conclusión de la actividad económica.

100. En el presente caso, por efecto de normas jurídicas que transgreden los principios de certeza, estabilidad y confianza legítima, se está forzando a entidades financieras y a sus accionistas a terminar con sus actividades económicas dentro del sector financiero, pese a que dichas actividades se han desarrollado con fundamento en la Constitución y en el marco jurídico previo. Así, estamos ante una situación en que personas y compañías son forzadas a desinvertir y terminar anticipadamente sus actividades económicas, en contra de su voluntad y en violación del derecho a la libertad de empresa.

101. ASOBANCA llama respetuosamente la atención de la Corte Constitucional con respecto al hecho de que nuestra actividad no puede concebirse sin modelos institucionales estables en el tiempo. El mantenimiento de los esquemas regulatorios está relacionado de forma inequívoca con la certeza de las empresas del sistema financiero, de sus inversionistas y sus cuentahabientes respecto del devenir de su patrimonio y negocio.

102. Bajo los parámetros constitucionales descritos, es claro que las Disposiciones Transitorias Vigésimo Quinta y Vigésimo Sexta del COMF, y la Disposición General Primera de la Resolución No. SB-2016-569 se contraponen directamente a la garantía del artículo 82

⁵⁶ Resolución de la Corte Constitucional Registro Oficial Edición Especial 787 de 30 de noviembre de 2016.

de la Constitución al irrumpir imprevisiblemente con un modelo normativo que generó una confianza y planificación en la banca, que debe ser respetado. Adicionalmente, estas normas violan el artículo 309 de la Constitución y el derecho a desarrollar actividades económicas.

D. Inconstitucionalidad de las normas jurídicas impugnadas por violar los artículos 238, 234, 308 y 310 de la Constitución

103. Finalmente, como se ha demostrado a lo largo de esta acción, las restricciones al derecho a la libertad de empresa introducidas 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 que violan los derechos a la seguridad jurídica y libertad de empresa.

104. Pero estos abusos e inconstitucionalidades no solamente afectan a dichas personas, sino que dicho marco normativo, caracterizado por una intensa restricción a la libre empresa, afecta directamente al sistema financiero y a la sociedad en general, en violación de varios preceptos constitucionales. La Corte Constitucional del Ecuador no puede desconocer que la actividad bancaria 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.

105. Las restricciones creadas por el COMF producen 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 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 fusiones⁵⁷.

106. 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

⁵⁷ Desde un punto de vista financiero, las sinergias son la justificación más común de adquisiciones (Berk y DeMarzo, Corporate Finance, Pearsons, 2014, pág. 934).

a su participación en otros negocios, o (iii) la compra y concentración de accionistas actuales. Analicemos cada uno, detenidamente.

107. En primer lugar, la posibilidad de inversión extranjera en instituciones bancarias en Ecuador es lejana. La normativa vigente no responde a estándares internacionales y es restrictiva, 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.

108. 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 inversores con experiencia. Asimismo, como se ha visto, las disposiciones jurídicas impugnadas son las verdaderas razones que impiden el ingreso de la banca extranjera al país y sus efectos positivos para el país, pues los accionistas principales de los grupos financieros del exterior son también accionistas de empresas no financieras, lo que les impide invertir en la banca ecuatoriana o adquirir bancos ecuatorianos, necesitados de inversiones de capital. No existen en el exterior grupos financieros puros, cuyos accionistas o controladores finales no tengan inversiones en otro tipo de negocios.

109. El ingreso de nuevos inversionistas extranjeros tiene varios 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 control⁵⁸.

⁵⁸ Informe técnico No. 3. Banca Extranjera. Boletín Macroeconómico. Octubre 2019. Asociación de Bancos Privados del Ecuador.

110. En segundo lugar, la posibilidad de que inversionistas de otras áreas de la economía nacional migren 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.

111. 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.

112. 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. 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.

113. 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.

114. Así, 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 permiten 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 por las normas demandadas.

115. El sistema financiero ecuatoriano debe nutrirse de nuevas inversiones nacionales y extranjeras que robustezcan la oferta de bienes y servicios, en favor de la ciudadanía, pues la banca es un elemento fundamental para el desarrollo económico y la coordinación social, a fin de poder cumplir los objetivos constitucionales. La banca es esencial pues permite intermediar los recursos que exceden en las finanzas de una persona o de una empresa, con las necesidades que, del otro lado existen. Se trata de un mecanismo de coordinación destinado a fortalecer las capacidades productivas y de consumo de la sociedad, en otras palabras, la banca permite trasladar el ahorro a la inversión⁵⁹.

116. El sector bancario articula la economía ecuatoriana y permite el financiamiento de proyectos productivos, agrícolas e industriales, lo que a su vez activa una cadena de pagos. Además, la banca permite la consecución de diversos elementos básicos en la constitución económica del Estado ecuatoriano, entre ellos:

117. *El sistema de economía social de mercado*, reconocido en el artículo 238 de la Constitución y que reconoce una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, que obviamente solo puede realizarse con la articulación de oferta y demanda de bienes de capital como los que realiza la banca.

118. *Los principios de fomento de la producción*, la inserción en la economía regional y mundial, el empleo y la estabilidad económica, reconocidos en el artículo 284 de la Constitución y frente a los cuales las instituciones del sistema financiero cumplen un rol esencial, pues: (i) colocan la mayor cantidad de créditos productivos; (ii) garantizan la solvencia de la cadena de pagos; (iii) permiten que las inversiones y exportaciones se realicen; (iv) viabilizan los emprendimientos y la generación de empleo en nuevas empresas y en empresas ya operativas.

119. En definitiva, al resolver la presente acción pública de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional del Ecuador tiene la oportunidad histórica de dejar sin efecto normas jurídicas que impiden la consecución de los objetivos constitucionales del sistema financiero, del sistema de la economía social de mercado y del fomento a la corrección, reparando afectaciones estructurales que afectan a la población ecuatoriana.

VII. SOLICITUD DE ACUMULACIÓN DE DEMANDA

⁵⁹ Véase: Historia y Función de la Banca: <https://www.worldbank.org/ro/about-banks-history>.

120. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 82 de la LOGJCC, solicito atentamente que se acumule esta demanda con la demanda presentada por el señor Juan Pablo Egas Sosa, por sus propios derechos, y que dio inicio al **Caso No. 0028-17-IN** que se encuentra en fase de sustanciación por parte del Juez Constitucional, Alí Lozada Prado.

VIII. CITACIÓN A LOS ÓRGANOS ACCIONADOS

121. Se citará a las entidades accionadas en las siguientes direcciones:

121.1. A la Dra. Esperanza Guadalupe Llori Abarca, en su calidad de **Presidente de la Asamblea Nacional**, se le citará en su despacho ubicado en la Av. 6 de Diciembre y Piedrahita, Distrito Metropolitano de Quito.

121.2. Al señor Guillermo Lasso Mendoza, en su calidad de **Presidente de la República**, se le citará en su despacho ubicado en la Calle García Moreno N10-43 entre Chile y Espejo, Distrito Metropolitano de Quito.

121.3. A la Dra. Ruth Patricia Arregui Solano, en su calidad de **Superintendente de Bancos**, se le citará en su despacho ubicado en la Av. 12 de Octubre N24-185 y Madrid Distrito Metropolitano de Quito.

121.4. Al Dr. Íñigo Salvador Crespo, en su calidad de **Procurador General del Estado**, se le notificará en su despacho ubicado en la Av. Amazonas N39-123 y Arízaga, Distrito Metropolitano de Quito.

IX. PRETENSIÓN

122. Con base en los fundamentos constitucionales descritos esta demanda, solicito respetuosamente que se declare la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 399, primer inciso, numerales 1 y 4, 417, 419, primer inciso, y las Disposiciones Transitorias Vigésima Quinta y Vigésima Sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero, así como de Disposición General Primera de la Resolución No. SB-2016-569.

X. AUTORIZACIONES Y NOTIFICACIONES

123. Designo como mis patrocinadores a los abogados Rodrigo Jijón Letort, Bruno Pineda Cordero, Edgar Ulloa Balladares, José David Ortiz Custodio, María Isabel Aillón Váscquez, Patricio Quevedo Vergara, Mario Navarrete Serrano, Ricardo Velasco Cuesta, Tatiana Silva Rubio, Víctor Cabezas Albán y Samantha Olmedo, a quienes autorizo para que en forma

individual o conjunta suscriban escritos, comparezcan a la audiencia pública que se convoque o realicen cuanto acto o gestión sea necesaria para la defensa e intereses de mi representada en este caso.

124. Señalo como mi domicilio a la casilla constitucional No. 238 y a los siguientes correos electrónicos: mrodriguez@asobanca.org.ec, solmedo@asobanca.org.ec, eulloa@pbplaw.com, dortiz@pbplaw.com y vcabezas@pbplaw.com

Por la Asociación de Bancos Privados del Ecuador

Marco Antonio Rodríguez Proaño
Representante Legal

Édgar Ulloa Balladares
Matrícula 17-2006-33 CJ

José David Ortiz Custodio
Matrícula 17-2010-532-CJ

Víctor D. Cabezas Albán
Matrícula 17-2017-522 CJ