

Quito 29 de agosto de 2011
DE-501-2011

Abogado
PEDRO SOLINES CHACÓN
Presidente de la Junta Bancaria/
Superintendente de Bancos y Seguros
Quito

Ref.: Resolución JB-2011-1973

De mi consideración:

Quisiera ampliar los planteamientos que la Asociación de Bancos Privados del Ecuador hizo cuando fue recibida por usted, sobre los efectos negativos en el Sistema Bancario nacional que provocará la Resolución JB-2011-1973 de la Junta Bancaria.

La ABPE oportunamente le señaló sus observaciones a la pregunta 3 del Referendo del pasado 7 de mayo, por la que se reformaba la Constitución al establecerse límites para que los accionistas de Instituciones del Sistema Financiero tengan intereses en otras actividades económicas.

Grupos Financieros

La ABPE considera necesario clarificar el alcance de la norma constitucional, cuando dice que (...) Los organismos de Control serán los encargados de regular esta disposición, de **conformidad con el marco constitucional y normativo vigente**" (la negrilla y el subrayado son de la Asociación)

En el oficio No. T. 5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011 que el Presidente de la República envió a la Corte Constitucional expresó que "Todo lo antes señalado permite verificar que el espíritu de la Constitución es impedir que los grupos financieros privados y sus directivos, puedan tener el control del capital (...) lo que pretende la Constitución es que los grupos financieros y de comunicación privados se dediquen exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde (...)" (El subrayado es de la Asociación)

Como consecuencia de la fundamentación antes citada, el Presidente de la República señaló como anexo de la pregunta 3: "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". (El subrayado es de la Asociación).

La Corte Constitucional emitió dictamen de constitucionalidad respecto de la convocatoria, en el que, en lo que atañe a la facultad regulatoria de los organismos de control, indicó que "Los organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente"

Evidentemente la Corte Constitucional, lo que hizo fue limitar el poder regulatorio de los Organismos de Control, esto es que la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria no pueden ni podían, desconocer el marco legal y constitucional vigente ni las facultades de otros organismos, del poder legislativo específicamente, al momento de dictar las normas de regulación del artículo 312 de la Constitución de la República.

Es un principio general de derecho que una norma constitucional no puede ser modificada por normas inferiores así como también es un principio general de interpretación constitucional el que una norma de la Constitución no puede ser enteramente anulada o dejada sin efecto por otra norma de la propia Constitución, motivo por el que la Junta Bancaria no podía, ni puede, ir más allá de ella, al establecer sanciones y eliminando los derechos de los accionistas.

La Resolución JB-2011-1973, a juicio de la Asociación, excede la facultad de la Junta Bancaria al reformar la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, desconocer la Ley de Compañías, la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Seguros, la Ley de Régimen Monetario, entre otras, como también Acuerdos Internacionales como el de la OMC y la Decisión 439 de la Comunidad Andina que establece el marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, esta última si bien no ha culminado la definición de los servicios financieros, dado el marco ya establecido por la OMC, lo natural será que acoja similar definición.

Con base a una opinión del Procurador General de Estado, la Junta Bancaria, sin mayor sustento jurídico, en su Resolución sostiene que “parte” de los artículos 44, 53 y 57 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero contravienen la Constitución.

Antes de entrar al análisis de si esas normas han sido tácita o expresamente derogadas, es necesario recordar que de acuerdo a la Constitución de la República (Art. 429), la Corte Constitucional es la máxima intérprete de ella y no el Procurador, a quien le pidió abstenerse de hacer tales pronunciamientos. Al respecto ella señaló que

“(…) Si bien el dictamen objeto de la presente acción, fue emitido de conformidad con la Constitución Política de 1998, **se dispone al señor Procurador General del Estado, cumpla con la Constitución vigente y se abstenga definitivamente de absolver consultas relacionadas a la aplicación o inteligencia de normas previstas en la Constitución** o en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. De conformidad con la Constitución de la República vigente, estas son facultades privativas de esta Corte. Sus funciones deben limitarse a la absolución de consultas sobre la inteligencia y aplicabilidad de normas con rango de ley. (...)”¹

En razón de esta resolución del máximo organismo constitucional, ni el Procurador estaba facultado para pronunciarse sobre el alcance del artículo 312 de la Constitución ni la Junta Bancaria podía tener en cuenta para declarar que determinados artículos de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero son contrarios a la Constitución en función de la absolución de una consulta hecha a dicha autoridad.

Ahora bien, el espíritu de la pregunta 3 era, según se desprende de los antecedentes anotados, que “**los grupos financieros** (...) se dediquen exclusivamente a las funciones que les corresponde, y no tomen parte en otro tipo de actividades ajenas a su objeto (...)”. Lo que quiere decir que tal pregunta tuvo como antecedente la existencia de Grupos y de una

¹ Corte Constitucional del Ecuador para el período de Transición, Sentencia No. 0005 – 2009 – IC y Sentencia No. 002-09-SAN-CC.

diversidad de entidades que realizan actividades financieras. En tal sentido, lo que correspondía analizar es qué debe entenderse como servicio o actividad financiera, pues la Consulta y el Anexo aprobado por la ciudadanía no tiene relación con las disposiciones de la Resolución que comento, en lo que se refiere a desintegrar los grupos financieros que legalmente se formaron y legalmente siguen funcionando en el Ecuador.

Desde el año de 1996 Ecuador es miembro de la OMC, entidad que se rige por Acuerdos Internacionales negociados y suscritos por los Estados miembros, por lo que sus normas son de carácter superior a las leyes internas y a las resoluciones de organismos de control, debido al principio de jerarquía de las normas.

La OMC, en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), cataloga como servicios financieros:

“5. Definiciones:

Por servicio financiero se entiende todo servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de un Miembro. Los servicios financieros comprenden todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros). Los servicios financieros incluyen las siguientes actividades:

Servicios de seguros y relacionados con seguros

Servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros) (...)

- xi) **Participación en emisiones de toda clase de valores**, con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y el suministro de servicios relacionados con esas emisiones.

- xiii) Administración de activos; por ejemplo, administración de fondos en efectivo o de carteras de valores, gestión de inversiones colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y custodia, y **servicios fiduciarios**.

xiv) **Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores**, productos derivados y otros instrumentos negociables.”

De lo que cabe concluir que las casas de valores, las administradoras de fondos y fideicomisos, las aseguradoras, son entidades que prestan servicios financieros. Con lo que guarda armonía La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que desde el año 1994 contempla que los Grupos Financieros estén constituidos por Bancos, Sociedades Financieras, Casas de Valores, etc.

Por ello, la Junta Bancaria, además de violar la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ignoró un acuerdo internacional del cuál el Ecuador es suscriptor.

Disponer la desinversión en entidades reguladas por la Ley de Seguros o la Ley de Mercado de Valores, como se indica en la Resolución JB-2011-1973, es incompatible con el contenido del artículo 312 de la Constitución, norma que establece la prohibición de que un accionista principal de una institución del Sistema Financiero Privado cuente con acciones en entidades ajenas a la actividad financiera.

De hecho, la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, también vigente desde 1994, establece que son parte del Sistema Financiero Privado las instituciones que son controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros (Art. 24); y son controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros por ejemplo las empresas aseguradoras (Art. 1 de la Ley de Seguros).

En la página WEB de la Superintendencia de Bancos y Seguros se define a los grupos financieros como: “Grupo Financiero: Conjunto de entidades relacionadas entre sí, cuya institución controladora será un banco o sociedad financiera, las cuales brindan servicios financieros y otros, cuya finalidad es (sic) entregar una amplia gama de beneficios a sus clientes (...)”². De lo que se concluye que el propio organismo de control reconoce que las entidades de un grupo financiero prestan servicios financieros.

Petición

Por las razones legales, constitucionales y de legislación internacional que el Ecuador debe acatar, solicitamos a la Junta Bancaria que reforme su Resolución y deje sin vigencia toda norma que tenga por objeto o efecto obligar la desinversión en entidades que forman parte del Sistema Financiero y que por ejecutar actividades financieras son parte del Grupo Financiero.

Accionistas principales.

Si la Junta Bancaria debía regular el artículo 312 en el marco constitucional y legal vigente, lo que tendría que haber hecho es pronunciarse sobre aquellos temas que no han sido antes tratados por la Ley o la misma Constitución y en un marco de respeto de las facultades de otros organismos del Estado. Así la facultad regulatoria otorgada a la Junta Bancaria no le permitía establecer normas Infra legales que contradigan el sentido de Leyes de aplicación general.

La pregunta 3 siempre tuvo como fundamento evitar que quien controle una institución financiera tenga participaciones en actividades diferentes a la financiera, por lo que cabe la siguiente pregunta: ¿Una persona que cuenta con el 6% del capital de una sociedad la controla? El sentido común dice que no, como también la Ley de Compañías cuando hace referencia a la facultad de las minorías (es decir de quienes no controlan una sociedad) y las cataloga como tales a las que tienen menos del 25% de las acciones de una sociedad. En efecto, el artículo 249, de dicha Ley dice que en una “compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar de las decisiones de la mayoría (...)”

Si de acuerdo a la Ley de Compañías accionista minoritario es aquel que tiene menos del 25%, ¿cómo por disposición de la Junta Bancaria puede convertirse en accionista principal? , y peor considerársele como uno que controla una compañía.

El 6% establecido por la Junta Bancaria, aparentemente ha sido tomado de una norma que consta en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, pero referida a otros propósitos. En efecto, el Art. 45 dice que “Prevía la inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas de una institución del sistema financiero privado, la Superintendencia calificará la responsabilidad, idoneidad y solvencia del cesionario o suscriptor, sea éste nacional o extranjero en los siguientes casos: a) En la transferencia de acciones cuando el cesionario

² http://www.superban.gov.ec/practg/sbs_index?vp_art_id=70&vp_tip=2#g

devenga en propietario del seis por ciento (6%) o más del capital suscrito; y, (...)”. Es evidente que esta norma claramente hace relación a la responsabilidad, idoneidad y solvencia de un accionista, y no a la facultad de control que éste pudiera tener en una sociedad y menos aún a si es o no accionista principal de esa sociedad.

Dado que una persona no puede ser por mandato de una Ley, accionista minoritario y a la vez por una Resolución, dictada por su organismo de control, accionista principal, controlador de esa entidad, lo jurídicamente lógico es que se armonice la norma inferior con el marco legal vigente y se establezca que el accionista principal es, al menos, quien posea más del 25% de las acciones de una institución financiera.

Por otro lado, no deja de ser ampliamente preocupante para la Asociación el que mediante norma infralegal la Junta Bancaria se otorgue facultades discrecionales que le permitirían en un momento determinado establecer que no solo quien tiene el 6% de las acciones de una Institución Financiera es “accionista principal” sino quien conforma una unidad de intereses económicos o una posición dominante, conceptos que tienen elementos tan discrecionales como el que existe unidad de intereses económicos cuando “(...) diversas personas mantienen relaciones de tal naturaleza que conforman de hecho una unidad de intereses económicos”, en otras palabras (en una suerte de cacofonía) hay unidad de intereses económicos cuando hay unidad de intereses económicos, o que existe “posición dominante” cuando un accionista tiene control indirecto para ejercer influencia sobre otros.

La posibilidad de que un Organismo se otorgue facultades discrecionales es un acto proscrito en el ordenamiento jurídico, así por ejemplo el doctor Rafael Oyarte opina que: “(...) Las normas inferiores, como los reglamentos, no pueden otorgar potestades, de modo general, pues son normas de aplicación de la Ley, no siéndoles posible alterarlas. Si la Ley no otorga una competencia mal puede el reglamento hacerlo (...) en todo caso, nunca un órgano podrá entregarse una atribución, mediante su potestad reglamentaria, si ésta antes no le ha sido conferida por la Constitución o la Ley. (...) Los derechos se interpretan de manera amplia y las potestades de manera restringida”. (El subrayado es de la Asociación) (La acción de amparo constitucional, Pág. 91).

Preocupa a la ABPE, y debería preocupar a la Superintendencia de Bancos, que la Junta Bancaria se entregue una amplia facultad discrecional que le permitiría establecer para cada circunstancia si una persona es o no accionista principal o accionista controlador de una sociedad.

Petición

Por las razones anotadas la ABPE considera que debe reformarse la Resolución JB-2011-1973 y establecerse que accionista principal es aquel que cuenta al menos con el 25% de las acciones de una entidad.

Limitación y extinción de los derechos de propiedad de los accionistas.

Aún más grave es que la Junta Bancaria pueda establecer mecanismos sancionatorios o de privación de derechos, para lo cual, de acuerdo a la Constitución se requiere de ley. En efecto el Art. 132. dice que (...) Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. (...)”. Es por tanto evidente que la Junta Bancaria no podía asumir la facultad de otras funciones del Estado y atribuirse inconstitucionalmente la facultad de establecer

sanciones para los accionistas que no hubieren ejecutado la desinversión señalada en el artículo 312 de la Constitución, hasta el 13 de julio de 2011.

Como se ha dejado señalado desde el inicio de esta comunicación, la Junta Bancaria debía sujetarse al marco constitucional y legal vigente para regular el artículo 312. Ni ese artículo, ni norma alguna, le facultan a ese organismo colegiado a efectuar una cuasi confiscación de las acciones, ordenando la transferencia de ellas de manera forzosa a un fideicomiso de administración y venta, limitando también los derechos económicos de los accionistas, cuando la pregunta 3 siempre se ha referido al control de una sociedad, control que se realiza mediante el ejercicio de derechos políticos y no de derechos económicos. Una clara referencia a la distinción entre el control de una sociedad y el beneficio económico que las acciones representan es, por ejemplo, la existencia en sociedades anónimas de las llamadas acciones preferidas.

Petición

Por lo indicado, la Resolución JB-2011-1973 debe reformarse y eliminarse toda referencia a mecanismos que obliguen a la venta forzosa o la limitación de derechos económicos de los accionistas; a fin, además, de evitar que se desconozcan los derechos de propiedad de los ecuatorianos.

Buen Gobierno Corporativo y Directores.

Una práctica generalizada en el Sistema Financiero, así como una de las metas que se ha venido planteando el Organismo de Control, es la adopción de los principios de Buen Gobierno Corporativo, el mismo que se lo define como “la manera como son dirigidas las entidades, mejorando su funcionamiento interna y externamente, en la búsqueda de eficiencia, integridad y transparencia, para responder adecuadamente (...)”³

Se dice de manera generalizada que el corazón del buen gobierno corporativo es el Directorio, pues sobre él descansa la mayor parte de los principios de este modelo de administración. En este sistema se señala que los directores deben ser profesionales, con gran experiencia, no solo en el negocio que pretenden dirigir, sino en las áreas en las que incursione la institución, además de tener ética, formación académica y sobre todo y fundamentalmente independencia.

La Resolución afectan la independencia de los Directores, al tiempo que limita gravemente la posibilidad de elegir a los mejor calificados, atentando en consecuencia con la práctica mundial en donde se busca la profesionalización e independencia del Directorio, la Resolución invita a que se cuente con Directores que no tengan conocimientos o experiencia en áreas distintas a la financiera contrariando la práctica de buena gestión de riesgos.

Efectos de la aplicación de la Resolución JB-2011-1973

Es enteramente conocido por el Organismo de Control, que la normativa regional reconoce la existencia de Grupos Financieros como consecuencia del entendimiento de que existen instituciones que dentro de su giro de negocio prestan servicios financieros, no obstante no realizar intermediación financiera.

³ Ver “Prácticas de Buen Gobierno Corporativo en el Sector Financiero Latinoamericano”; FELABAN; Colombia; 2007.

En ese sentido, en el Ecuador la Banca ha sido muy activa en el impulso de actividades financieras diversas a la intermediación propiamente dicha. En la presente fecha en el mercado de fondos se administra USD 601.589.066 con un total de 354.055 partícipes de los cuales USD 554.725.508 son administrados por entidades parte de grupos financieros, es decir el 92.21% del mercado de administración de fondos corresponde a Grupos Financieros. Esto es muestra palpable y medible del impulso que la Banca ha dado a ese mercado que es otro de los mecanismos de ahorro interno.

De aplicarse la Resolución de la Junta Bancaria un porcentaje no despreciable de ese ahorro se perderá, pues el ahorrista buscará otras opciones al advertir que su ahorro no cuenta con el respaldo y la solidez de una entidad conocida, solvente y líquida, esto es de un Banco en el que confíe. Al respecto, basta revisar las estadísticas que muestran que las entidades administradoras de fondos de grupos financieros reflejan la misma presencia de mercado que los Bancos en el Sistema Bancario.

Como la Asociación lo manifestó oportunamente, un porcentaje de dichos fondos migrarán hacia los depósitos a plazos en los Bancos, otro porcentaje saldrá del país y el saldo beneficiará al resto de entidades que queden en el mercado, lo cual producirá, como efecto colateral, la formación de un oligopolio, esto es un resultado contrario al que se quiere alcanzar con la mentada Resolución.

Similar situación se producirá en el mercado de capitales, en donde las casas de valores, que son parte de Grupos Financieros, tienen una participación aproximada al 72%⁴ de ese mercado en la Bolsa de Valores de Quito, muestra evidente también de que ha sido la Banca privada uno de los mayores interesados en el desarrollo de ese mercado, ajeno a lo que aparentemente supone la Junta Bancaria al obligar a la Banca y a sus accionistas a desinvertir en casas de valores. El mercado ecuatoriano es fundamentalmente de renta fija⁵, como lo muestran las estadísticas, de allí que al igual que en el caso anterior, si el Sistema Bancario abandona el mercado de capitales es de suponerse que un gran porcentaje de sus clientes preferirán las inversiones en productos bancarios⁶.

La salida de un importante actor del mercado solo traerá consigo el debilitamiento del mismo, al tiempo que no logrará sino la oligopolización del mercado de administración de fondos y de capitales. El mercado de capitales no se desarrolla eliminando actores sino fomentando la mayor participación. Según cifras de Análisis Semanal (edición de 29 de julio de 2011) en el año 2010 la BVQ y la BVG disminuyeron su nivel general de operaciones en 1.5 millardos (23.1%). Esta caída indudablemente será mayor si se ejecuta la Resolución de marras.

Por otra parte se va a producir una afectación al patrimonio de las entidades aseguradoras, casas de valores, administradoras de fondos, cuyos paquetes accionarios deberán ser vendidos, muy probablemente, por debajo de su valor en libros, debido a la gran oferta de acciones que se producirá. La pérdida contable y real tendrá que conjugarse con el patrimonio de las entidades bancarias, lo que provocará una reducción de la base patrimonial del Sistema.

⁴ Según cifras de la BVQ a julio de 2011, considerando el monto efectivo negociado en el sector privado.

⁵ La mayor parte de las transacciones en 2010, 97.3% se realizaron con papeles de renta fija; Fuente Análisis Semanal, 29 de julio de 2011, Pág. 11.

⁶ Las casas de valores más activas al 2010 fueron: Picaval 8.9%, Multivalores BG 6.8%, Produvalores 6.5% y Valpacífico 5.1%, del total. Fuente: Análisis Semanal, 29 de julio de 2011, Pág. 12.

Uno de los objetivos de la pregunta 3 según se desprende del oficio del Presidente de la República y del Dictamen de la Corte Constitucional, es el mayor acceso a los servicios financieros⁷. Como se ha dejado anotado, las entidades que conforman el Sistema Bancario se verán afectadas ante la forzosa desinversión en entidades que son parte del Grupo Financiero. Los accionistas minoristas –que tienen el 6% o incluso menos- que por la inmotivada decisión de la Junta Bancaria se han convertido en accionistas controladores o principales, deberán desinvertir en las instituciones bancarias o de otra naturaleza (comerciales, agrícolas, industriales, de servicios), de acuerdo a lo que consideren menos gravoso, causando graves perjuicios al patrimonio de empresas de comercio, industrias y del sector Bancario, debilitando a estas últimas y limitando su crecimiento y consecuentemente afectando negativamente la expansión del crédito, que ha sido uno de los objetivos del Gobierno. Es enteramente conocido que una de las fuentes de crecimiento de los patrimonios es vía la capitalización de las entidades, ¿puede razonablemente un accionista apostar a invertir en entidades, si sabe que ello le obligará a dejar cualquier clase de actividad, incluso profesional? La Asociación piensa que no.

Conclusión

Por las razones antes señaladas, la Asociación de Bancos Privados del Ecuador se permite solicitarle que se derogue la Resolución JB-2011-1973 y en su lugar se expida una que sea armónica con el marco constitucional y legal vigente y, en consecuencia, establezca, conforme la Ley de Compañías y el espíritu del artículo 312 de la Constitución, que un accionista principal es aquel que controla una sociedad y este no puede ser un accionista minoritario sino uno que tenga al menos el 25% del capital. La Resolución que se dicte debería reconocer la existencia de Grupos Financieros y concordante con los compromisos internacionales del Ecuador y las leyes vigentes, aceptar que las entidades que integran actualmente un Grupo Financiero ejercen actividades financieras por lo que no cabe desinversión alguna. La Resolución que se dicte no debería arrogarse materias que deben ser reguladas mediante una ley o corresponden otros organismos del Estado.

Atentamente,

ECON. CÉSAR ROBALINO GONZAGA
Director Ejecutivo

Copias: - Sres. Miembros de la Junta Bancaria
- Sres. Presidentes Ejecutivos y Gerentes Generales de los Bancos
Asociados
- Sres. Miembros del Directorio

⁷ Oficio No. T. 5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011, Pág. 3.