

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**Potestades de los órganos de control en los procesos de liquidación
forzosa y cancelación de las instituciones financieras, en el marco legal
ecuatoriano**

Jenny Marina Cepeda Saavedra

Tutor: Francisco Iturralde

Quito, 2018



Yo, Jenny Marina Cepeda Saavedra, autora de la tesis intitulada “Potestades de los órganos de control en los procesos de liquidación forzosa y cancelación de las instituciones financieras, en el marco legal ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 17 de abril de 2018.

Firma:

RESUMEN

El estudio de las “Potestades de los órganos de control en los procesos de liquidación forzosa y cancelación de las instituciones financieras, en el marco legal ecuatoriano” permitió demostrar que el proceso de liquidación forzosa y cancelación de las entidades financieras vigente, es una actividad jurídica que no se encuentra enmarcada dentro de las potestades de control asignadas en el marco constitucional a dichos órganos.

La liquidación y cancelación de las entidades financieras es un fenómeno jurídico complejo, que conlleva el tratamiento de derechos humanos de los ciudadanos depositantes o usuarios del sistema bancario nacional, en el cual se debe dejar claramente establecido la responsabilidad de los involucrados en el control y en la administración de dichas entidades, lo cual requiere de la intervención del Poder Judicial.

La liquidación forzosa administrativa establecida en nuestra legislación y su mal manejo a través del tiempo ha generado un desgaste del derecho administrativo y la urgencia de contar con una liquidación judicial.

El análisis histórico de los procesos de liquidación forzosa en el país conjuntamente con los hechos y la normativa actual entorno al tema, sugieren insoslayablemente la urgente reforma legal en torno al tema. Al respecto se ha tomado en referencia la normativa argentina, quienes implementaron este cambio hace varios años atrás, como resultado de la congelación de fondos en el denominado fenómeno bancario “el corralito”.

Palabras clave: Control, Liquidación forzosa administrativa; Liquidación judicial.

DEDICATORIA

A mi pequeña Emilia, a quien he pedido prestado y robado su tiempo con el fin de concluir esta etapa académica de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

A Javier, por su comprensión y ayuda, a mi madre y padre por su apoyo incondicional y su confianza en mí, a mi Tutor por su tiempo y acompañamiento y a todos mis amigos por el aliento.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| Introducción | 8 |
| Capítulo primero | 11 |
| Potestades de los Órganos de Control Financiero..... | 11 |
| 1.1 Aproximación teórica de los órganos de control financiero. | 14 |
| 1.2. Tipos de órganos de control financiero, competencias y alcance en el marco legal ecuatoriano..... | 21 |
| 1.2.1 La Superintendencia de Bancos | 28 |
| 1.2.2 Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera..... | 40 |
| Capítulo segundo..... | 43 |
| Efectos jurídicos de los actos administrativos emitidos por los órganos de control para la liquidación forzosa y cancelación de las entidades financieras | 43 |
| 2.1 Regulación bancaria en el Ecuador para los procesos de liquidación forzosa. | 58 |
| 2.2. Análisis de reforma legal..... | 68 |
| Conclusiones | 77 |
| Bibliografía | 80 |

ABREVIATURAS

BCE: Banco Central del Ecuador

COSEDE: Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados

COMF: Código Orgánico Monetario y Financiero

IFI's: Instituciones financieras extintas

AGD: Agencia de Garantía de Depósitos.

Introducción

A finales de 1998, la estabilidad económica del país colapsó, dando lugar a un feriado bancario, que provocó la quiebra de 31 instituciones financieras. Esta etapa fue considerada la mayor crisis financiera, económica y social del Ecuador.¹

Luego de 10 años de permanecer las instituciones financieras extintas en manos de la AGD y de la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Junta Bancaria, mediante Resolución n.º JB-2009-1427², emitió las normas para la conclusión de los procesos de liquidación forzosa de las referidas entidades. Además, dispuso el proceso de cancelación de dichas instituciones en manos del Superintendente de Bancos, disposición que ha sido nuevamente considerada en el Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Suplemento del Registro Oficial n.º 332, de 12 de septiembre de 2014.

Sin embargo, más de 15 años después, el cierre de la crisis bancaria de 1999 no concluye, pese a la extinción de la vida jurídica de las 31 instituciones financieras, razón por la que el 18 de Abril de 2017, se promulgó en el Registro Oficial Suplemento n.º 986 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, que tiene como antecedente la Ley Orgánica para el cierre de la Crisis Bancaria de 1999, publicada el 21 de febrero de 2014, en Registro Oficial n.º 188.

Durante estos últimos 15 años, la Superintendencia de Bancos, como órgano de control, y la Función Legislativa, aprobaron importante normativa con el afán de concluir y solucionar los asuntos pendientes e inherentes a las liquidaciones forzosas de las entidades financieras, sin que esta situación legal fuera resuelta satisfactoriamente.

Este sistema de liquidación forzosa administrativa gestionada durante los últimos años, ha sido ineficiente, carente de oportunidad, y ha demandado altos costos de administración para el Estado ecuatoriano, creando una institución tras otra, derivando en varios problemas para su administración.

Los continuos cambios de autoridades desde la creación de la Agencia de Garantía de Depósitos-AGD- así como de los liquidadores de las instituciones financieras, nombrados por la Superintendencia de Bancos, y la creación y traslado de información

¹ Diego Delgado, *Atraco Bancario y Dolarización* (Quito: Ediciones Gallo Rojo, 2000), 8-14.

² Resolución n.º JB-2009-1427 publicada en el Registro Oficial n.º 51 de 21 septiembre de 2009

desde la Superintendencia de Bancos³ al Banco Central del Ecuador-BCE- y a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN No más Impunidad (UGEDEP) entidad que en la actualidad está extinta y sus competencias se trasladó nuevamente al Banco Central del Ecuador, han sumado problemas de falta de continuidad en los procesos, pérdida de información y tiempo en la atención de los administrados.

Hoy en día, existen dos entidades financieras bancarias en liquidación forzosa, presentando los mismos problemas de cierre de las entidades en liquidación antes descritos.

Los antecedentes expuestos ponen en cuestionamiento el proceso de liquidación forzosa ejecutada en vía administrativa y de cancelación de las instituciones financieras vigentes, así como las competencias conferidas a los órganos de control del sistema financiero.

¿Cuáles son las potestades de los órganos de control financiero para determinar la liquidación forzosa y cancelación de instituciones financieras, qué alcance tienen y qué efectos jurídicos?

El presente estudio plantea estas preguntas que serán respondidas al cumplir dos objetivos específicos: Analizar las potestades y alcance de los órganos de control financiero para la determinación de la liquidación forzosa y cancelación de las instituciones financieras extintas, e identificar, analizar y determinar los efectos jurídicos generados por los actos administrativos, emitidos por los órganos de control para la liquidación forzosa y cancelación de las instituciones financieras y las posibles responsabilidades para el Estado.

Con esto, se pretende plantear los beneficios de una posible reforma legal, que permita considerar un nuevo proceso de liquidación forzosa de las entidades financieras y contemple la intervención de la Función Judicial, en aplicación de los sistemas de contrapeso que deben de existir en un Estado democrático.

La liquidación forzosa administrativa de las entidades financieras es un tema vigente, de interés jurídico, social y político. El estudio realizado pretende aportar en el ámbito académico y social de manera conjunta, por estar íntimamente relacionado con la protección y reparación de derechos fundamentales de los miembros de una sociedad, se

³ La Superintendencia de Bancos y Seguros, cambió su denominación a Superintendencia de Bancos en el Código Orgánico Monetario y Financiero publicado el 12 de septiembre de 2014, mediante Registro Oficial n.º 332.

aspira a contribuir con una visión integral que admita la plena vigencia y garantía de los mismos.

El enfoque del trabajo propuesto es cualitativo, en la medida en que la descripción cronológica del fenómeno a través del tiempo, permitirá analizar el origen de las competencias y alcance de los órganos de control financiero, en los procesos de liquidación forzosa y cancelación de las instituciones financieras en el marco legal vigente.

Capítulo primero

Potestades de los Órganos de Control Financiero.

Las potestades de los órganos de control en la normativa ecuatoriana surgen de manera incipiente, pues la intermediación financiera era considerada un negocio privado en que el Estado no tenía poder de control. Sin embargo, los reiterados “salvatajes” en que terminaban las entidades bancarias, a finales del siglo XIX e inicios XX, hizo notar la necesidad de la intervención del Estado en el naciente sistema financiero.

Esta normativa tiene su evolución histórica desde finales del siglo XIX. En la parte considerativa de la Ley de Bancos de 1887, se puede encontrar algunos antecedentes de lo mencionado:

Los extintos Bancos de Quito y la Unión, demuestran con evidencia la necesidad de fijar el mínimo del capital con el que pueda funcionar un Banco. La deficiencia de la ley a este respecto, ha dado asidero á imponderables abusos no ignorados por los Señores Representantes de la Nación(...)pusieron en circulación el triple de su reserva metálica, defraudando al pueblo (...) La deficiencia de la ley a este respecto, ha dado asidero á imponderables abusos no ignorados por los Señores Representantes de la Nación...pusieron en circulación el triple de su reserva metálica, defraudando al pueblo...necesitando el de la Unión, para librarse de la bancarrota, de la enérgica intervención de la Jefatura Suprema, cuya actitud salvó al Comercio de Quito de gravísimos trastornos y perjuicios, y especialmente a los tenedores de billetes.⁴

Lo citado evidencia que el problema principal que mantenían los bancos en esa época era la emisión de dinero, sin respaldo de oro debido a la falta de control.

A finales del siglo XIX, se dio una serie de reformas normativas debido al auge y proliferación del sistema bancario, aun así, el control desde el Estado, no era considerado como una acción prioritaria que se debía ejecutar, tampoco un sistema liquidatorio y de cancelación de vida jurídica de las entidades financieras.

En 1871 se emite una normativa de importancia como la primera Ley de Bancos. En 1884 se adoptó el Sucre como unidad monetaria del país y en 1898 se dictó la nueva Ley de Monedas (rigió desde 1900) que introdujo el “patrón oro” y la convertibilidad.⁵ Sin embargo, la inestabilidad y la falta de control del sector bancario continuaba presente

⁴ Alejandro Noboa, *Recopilación de mensajes dirigidos por los Presidentes y Vicepresidentes de la República, Jefes Supremos y Gobiernos Provisorios, a las convenciones y congresos nacionales, tomo IV*, (Guayaquil: 1907, Imp. El tiempo), 331.

⁵ Juan Paz y Miño Cepeda, *La Crisis Bancaria de 1999: El Retorno de la “Plutocracia”*, párr. 1, 2. <http://www.historiaypresente.com/hyp/wp-content/uploads/2016/11/crisis-bancaria.pdf>.

desde inicios del siglo XX, por lo que el presidente Isidro Ayora contrató al economista norteamericano Edwin Walter Kemmerer, en abril de 1926. Este especialista realizó un arduo trabajo en varios países de Latinoamérica en el ámbito financiero y económico, proponiendo en el Ecuador en 1927, la promulgación de la normativa que dio lugar a la creación del Banco Central del Ecuador y de la Superintendencia de Bancos, entre otras instituciones públicas.

Al respecto, Efraín Pérez, señala:

A fines del primer cuarto del siglo, se destaca un incipiente surgimiento de actividades reguladoras del Estado a partir de la denominada revolución juliana en 1925, con la creación del Banco Central, la Superintendencia de Bancos, la Contraloría General del Estado.

El Estado asume un creciente control sobre aspectos que hasta la fecha se encontraban fuera de la órbita gubernamental. Esta supervisión requiere de una institucionalidad y de una burocracia especializada.⁶

Para la Misión Kemmerer y para las autoridades en esa época, era importante establecer un órgano rector y de control del sistema monetario, pues el país mantenía como moneda el Sucre. Por esa razón se crea primero el Banco Central del Ecuador y posteriormente la Superintendencia de Bancos, como órgano de control.

Existieron dos órganos de control hasta 1999, fecha en la que se estableció la dolarización como sistema monetario en nuestro país, prescindiendo del Banco Central del Ecuador como ente de control monetario.

La regulación del sector bancario fue una necesidad evidente a lo largo de la historia ecuatoriana. La correcta y oportuna intervención del Estado en la regulación y control de este importante sector de la economía nacional, no fue solo prioritario para garantizar la estabilidad financiera del país, sino que puede, incluso, llegar a ser la diferencia entre la vida y la muerte de los ciudadanos usuarios del sistema.

La siguiente cita nos recuerda los hechos de la última década del siglo pasado:

A finales de 1998, la estabilidad económica del país sufrió un fuerte colapso, dando lugar a un feriado bancario que provocó la quiebra de 31 entidades financieras, siendo considerada la mayor crisis económica y social del Ecuador existente en la última década.⁷

Estos hechos históricos generaron cambios fundamentales en la Constitución de la República, que en materia económica estableció un sistema económico social y solidario, que reconoce al ser humano como sujeto y fin, y que propende a una relación

⁶ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, (Quito: Corporación de estudios ESTATE, 2008), 20.

⁷ Diego Delgado, *Atraco Bancario y Dolarización*, (Quito: Ediciones Gallo Rojo, 2000), 8-14.

dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y Mercado, en armonía con la naturaleza que posibiliten el Buen Vivir.⁸

En cambio, el artículo 302 numerales 2 y 3 de la misma norma, determinaron que la política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera tendrán como objetivos: establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera y orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país, respectivamente.

Los artículos 308 y 309 de la Constitución establecen que las actividades financieras son un servicio de orden público y podrán ejercerse previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley. Además, el sistema financiero nacional se compondrá de los sectores público, privado y del popular y solidario, que intermedian recursos del público, siendo encargados los órganos de control de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez.

Este cambio dio lugar a la separación del control financiero bancario y del sector popular y solidario, dando lugar a la creación de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, encargada del control de las entidades que conforman este importante sector, dejando a la Superintendencia de Bancos el control de las entidades financieras bancarias, que son objeto del presente estudio.

Las potestades otorgadas a los órganos de control para el cumplimiento de sus objetivos son amplias, entre las que se encuentran la de supremacía, reglamentación, auto regulación, administración y sancionatoria.

Por ejemplo, se ejerce la potestad de supremacía cuando se solicita información a las entidades controladas, sin mediar justificación alguna del porque se requiere la misma, sino con una simple razón de investigación, o por la presentación de alguna denuncia.

El órgano de control hace uso de su potestad reglamentaria cuando emite un instructivo, un reglamento, un manual, entre otros.

La potestad administrativa se hace presente cuando la organización pública puede disponer los procesos internos para su funcionamiento, como contratación de personal.

La potestad de auto tutela se evidencia en la facultad que tienen los órganos de resolver por sí mismos los reclamos y recursos emitidos por la propia institución, sin la necesidad de un juez.

⁸ Ecuador: *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 283.

La potestad sancionatoria es amplia y se la aplica de manera interna, a sus empleados y externa hacia sus administrados.

Estas potestades se ejecutan en el ámbito del control, de acuerdo a lo establecido para las Superintendencias por la Constitución, las mismas que las detalla como de vigilancia, auditoría, intervención y regulación.⁹ Estas facultades se han encontrado implícitas desde la creación de la Superintendencia de Bancos, cuyo ámbito y especificidad de ejecución es el campo operativo, que se ha desarrollado en el tiempo, es decir la normativa se ha adecuado a las exigencias del medio, a fin de no tener vacíos legales, que dejen en la indefensión a los usuarios del sistema.

Las potestades surgen del ordenamiento jurídico y en este caso las potestades de control han sido designadas por la misma constitución. El órgano de control no las puede cambiar per se, para modificarlas debe acudir a las instancias legales correspondientes, por lo que las potestades son “inalienables, intrasmisibles, imprescriptibles e inagotables”.¹⁰

Asimismo, se debe considerar que la liquidación forzosa administrativa, al no forma parte de las acciones de control, y ser una actividad de potestad legal podría ser analizada y modificada a nivel legislativo, lo que significa afectar la potestad de autotutela de la administración, que prescinde de la intervención del juez en sus procesos de juzgamiento, lo cual se analizará en los capítulos siguientes.

1.1 Aproximación teórica de los órganos de control financiero.

Una vez señalados los puntos principales de interés para este estudio, se debe desarrollar un aparato crítico con base en las funciones de los órganos de control financiero, resaltando que los mismos están establecidos en la Constitución de la República, y han sido descritas de manera específica en el Código Orgánico Monetario Financiero, mismas que responden al principio de legalidad, por lo que cuentan con atributos y características propias que procederemos a analizar, con el objetivo de determinar su naturaleza y alcance.

La Constitución de la República encasilla a los órganos de control dentro de la Función de Transparencia y Control Social, a fin de garantizar un control de la corrupción de manera independiente de las otras funciones, en cumplimiento de principios

⁹ Ibid., Art. 2.

¹⁰ Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 4ta ed., Edipack Gráfico., Madrid: 2012P. 271.

democráticos vigentes en nuestro sistema Republicano. A pesar de estos enunciados en la práctica no se cumplen.

Las potestades son a menudo analizadas en torno al concepto de “poder”, entendida su acepción como fuerza. Con la Constitución de 2008 se establece el término “Función” para determinar lo que antes se conocía como Poder. Así, antes se hablaba del Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, mientras hoy se las denomina funciones.

Patricio Secaira determina que el poder de mando o dominación tiene diferentes manifestaciones. Lo relaciona al Estado, el poder estatal se manifiesta hacia el exterior del territorio como Soberanía, y hacia el interior como “Potestad” que era definido en el Digesto de Justiniano como “la facultad de expresar en cada momento la voluntad del Estado, creando para los súbditos derechos y obligaciones y correspondiendo por igual a todas las magistraturas, según su competencia”.¹¹

Para Secaira, la potestad es una derivación de ejercicio del poder, por lo que no sería lo mismo hablar de poder y de potestades. Añade a su análisis la competencia como el ámbito al que se corresponda el obrar. Establece las siguientes características de las potestades: son unilaterales, irrenunciables, imprescriptibles, intransferibles e inalienables, clasificándolas en: “legislativa, reglamentaria, controladora, jurisdiccional, sancionadora y mando”.¹²

Por tanto, este poder de derecho surgió como un poder de hecho. Sumado a varios elementos, como el pacto social de un grupo de personas previamente de acuerdo en someterse a éste y en cuyo ejercicio determinan elementos de competencia para una mejor organización, transformado este poder en poder de derecho, dando origen a las denominadas potestades.

Marienhoff plantea un análisis desde la siguiente perspectiva: “El ‘poder’ del Estado es único; las ‘funciones’ son múltiples. No hay que confundir ‘poder’, que es atributo estatal, con ‘potestades’, que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función, dichas potestades constituyen un reflejo cualificado del poder del Estado”.¹³

El tratadista en mención afirma que el poder es uno solo y supremo. Las potestades, en cambio son un “reflejo” de dicho poder, es decir, estando relacionadas no

¹¹ Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, (Quito: Universitaria, 2004), 104.

¹² *Ibíd.*, 124.

¹³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988), 34-6.

son lo mismo. Nuestra constitución asume este criterio y en tal virtud sitúa el término funciones para hablar de lo que antes se denominaba poderes.

Además, el poder y las funciones, en esta perspectiva, se plantean como elementos relacionados, pero no sinónimos, conteniendo el primero a las segundas, y derivando del primero las potestades. ¿En qué queda, por tanto, la función? En uno de los intentos por reformular el Estado a partir de términos más amigables, pero que, en los hechos, continúan desarrollándose desde la lógica del poder político.

Por su parte, Rodrigo Borja Cevallos afirma: “El poder constituyente es la voluntad política originaria creadora del orden jurídico, la soberanía, facultad suprema del pueblo. Es el poder del pueblo sobre sí mismo para darse un ordenamiento jurídico y una organización política. Es la potestad soberana, atributo originario e inalienable de la sociedad”.¹⁴

Borja añade a la palabra poder, la palabra “constituyente”, dando un valor agregado, y diferencia de forma definitiva de la potestad de manera llana. Añade, además, a este término la palabra soberana, para utilizarlos como sinónimo o significado el uno del otro. Por tanto, el poder, entendido de manera llana, no se constituye en sinónimo de potestad, entendida también de manera llana.

Expuestos estos distintos análisis de varios doctrinarios se puede decir que las potestades están íntimamente relacionadas a las Funciones mismas del Estado. En este caso la Superintendencia de Bancos pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, cuya naturaleza está definida en el inciso primero del artículo 204 de la Constitución que dice: “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.”¹⁵

Dicho de otra manera, las potestades establecidas al órgano de control financiero se sustentan en la Teoría de la Representación, propia de los Estados República del sistema de gobierno democrático, surgido con la Revolución Francesa, y la división de poderes, porque son indelegables e intransferibles, sino es por vía de reforma constitucional.

Esta característica de las potestades se conjuga con el principio de legalidad, lo que da lugar a una máxima del derecho administrativo: “Las potestades surgen del principio de legalidad”.

¹⁴ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1997), 51.

¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, (Quito; Registro Oficial n.º 449, 20 de octubre de 2008).

El ejercicio de las potestades está intrínsecamente relacionado con el principio de legalidad, que determina y limita el alcance de cada órgano.

Fuera de la Ley no existe potestad administrativa de ninguna clase, tal como plantean los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón:

El Principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración, no puede actuar simplemente”.¹⁶

La legalidad es un principio fundamental para el ejercicio del poder público o potestades públicas. Éstas encuentran en las normas jurídicas vigentes su sustento y límite. En este caso, la norma determina la competencia de los órganos y su jurisdicción, debiendo guardar perfecta armonía con el orden jurídico establecido, como condición necesaria para mantener la seguridad jurídica en un Estado de Derecho.

Las “potestades” se analizan dentro del ámbito del Derecho Público, donde únicamente está permitido lo determinado en una norma, y en el ámbito de las potestades, lo determinado en la Constitución de la República.

La legalidad, no la libertad, está en la base misma de la actuación de los poderes públicos. Es una exigencia indeclinable del principio democrático, en cuanto que la Ley es la “expresión de la voluntad popular” única legitimada para el mando; la democracia es inexcusablemente: *government by laws, not by men*.¹⁷

De lo expuesto se puede concretar que las potestades del órgano de control, en este caso la Superintendencia de Bancos, son las establecidas en la Constitución de la República, las que se encuentran desarrolladas ampliamente en la normativa legal, que es en este caso el Código Orgánico Monetario y Financiero.¹⁸ Básicamente estas potestades de vigilar, auditar, intervenir y controlar corresponden a actividades de supervisión, que se desagregan en sus diferentes modos de aplicación y ámbitos, no se interponen entre ellas, sino se complementan en el afán de cumplir su cometido.

¹⁶ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I y II*, (Pamplona: Aranzadi S.A., 2011), 426.

¹⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, (Quito; Registro Oficial n.º 449, 20 de octubre de 2008).

¹⁸ Ecuador; Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial No 332, de 12 de septiembre de 2014.

Que por el principio de legalidad que es fundamento de las actuaciones de las entidades del Estado, las instituciones de control, solo pueden efectuar las potestades a ellos implantados y que en el caso de las potestades, éstas son intransferibles e irrenunciables, por lo que su ejecución le corresponde única y exclusivamente a la Superintendencia de Bancos, sin que estas potestades atribuidas constitucionalmente, contemplen la liquidación y cancelación de las entidades financieras como un derecho creado exclusivo al organismo de control.

En este punto, es importante recordar que el establecimiento de varias funciones en el ejercicio del Estado, tiene como base mantener un sistema de control del empleo de las mismas.

La Constitución del Ecuador implanta el principio de división de poderes, dando lugar a las funciones del Estado, generando contrapesos, control y vigilancia, de una función a otra, para evitar los excesos y proteger el respeto de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

La división de poderes es un proceso que pretende asegurar la estabilidad y cumplimiento de la normativa en un Estado, es la manifestación de evolución de un Estado. Luis Eduardo Mesa Nieves, al referirse a la evolución del Estado, instituye como aspectos substanciales a considerar:

...la despersonalización del poder (el poder proviene de los gobernados, no proviene de Dios; surge la soberanía popular); la desconcentración en el ejercicio del poder (se plantea la teoría de los frenos y contrapesos dividiendo el poder a fin de evitar el abuso en su ejercicio, si llegase a estar en manos de un solo titular), la racionalización del poder (el poder se origina en la voluntad del pueblo, la cual se expresa a través de la ley; esta controla su ejercicio con el objeto de desterrar las arbitrariedades), el carácter instrumental del estado, concibiéndolo como un medio y no como un fin. Un medio para proteger los derechos de los gobernados...¹⁹

En este proceso evolutivo de los estados, la Asamblea Constituyente de Montecristi instituyó, además de las funciones clásicas (Ejecutiva, Judicial y Legislativa), dos funciones: la Electoral y de Participación y de Transparencia y Control Social.

Más allá del uso que se dio de estas funciones durante el decenio pasado, el espíritu inicial fue de reforzar el respeto por los derechos humanos, restringiendo el poder del Estado, y otorgando mayor participación de la ciudadanía. El discurso con la práctica, sin

¹⁹ Luis Mesa, *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002), 24.

embargo, raras veces coinciden, y en este caso, como se desprende de la experiencia ecuatoriana, quedó en el mero discurso.

Como quedó señalado en líneas anteriores, la Superintendencia de Bancos forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, cuya naturaleza es ejercer el derecho de participación que tiene el pueblo como mandante y primer fiscalizador del poder público.

Aun así, los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no son elegidos a través de un mecanismo de elección popular²⁰ sino de un concurso de méritos y oposición. Yendo más allá el inciso tercero del artículo 213 dispone lo siguiente: “Las superintendentas o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana.”²¹

De lo manifestado, se concluye que los órganos integrantes de la Función de Transparencia y Control Social, no son representantes directos del poder popular, y asimismo los representantes de las instituciones que lo integran carecen de independencia y autonomía total, destacándose un alto grado de injerencia de la Función Ejecutiva.

Por ello, el control que ejercen estas instituciones podría no asegurar la imparcialidad que se espera de los órganos de control. En este contexto, Juan Pablo Aguilar Andrade, analiza la categoría participación en los siguientes términos:

Quando se habla de participación, lo importante es preguntar como se toman las decisiones y, sobre todo, quien las toma. La respuesta, si analizamos la nueva Constitución, nos devuelve de golpe a la dura realidad del sistema representativo; es más, los propios instrumentos participativos acaban rindiéndose ante el poder de los representantes.²²

Esta función, creada por la Constitución de Montecristi en el 2008, pretende ser el contrapeso de las otras funciones del Estado, conocidas como tradicionales, pues no se cumple, ya que no es la ciudadanía la que administra y ejecuta dicha función. Desde su

²⁰ Ecuador: *Constitución de la República*, inciso tercero, artículo 204: La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley.

²¹ Ibid.

²² Agustín Grijalva y Claudia Storini, “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción”, en Andrade, Santiago, *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derecho e instituciones*, (Quito: Universidad Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, Serie estudios jurídicos n.º 30, 2009), 95.

conformación hasta la selección de los demás representantes de las instituciones que la conforman, no tienen origen soberano-popular.

De las tres funciones tradicionales, la Función Judicial es la que por naturaleza se encarga de dirimir los aspectos entre terceros, sean particulares o uno de ellos el Estado, a través de la aplicación de procesos previamente establecidos, función que orgánicamente está conformado por un conjunto de instituciones que mantiene una especialidad por materias, y que día a día va especializándose, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica que exige la sociedad, constituyendo reglas claras, frente a un tercero imparcial decida en derecho, lo justo.

No se puede negar que esta Función del Estado es la que brinda seguridad jurídica a la sociedad. En el subconsciente de los ciudadanos, ante el cometimiento de arbitrariedades se activa la idea de acudir ante el juez, en busca de ser escuchados y de justicia.

A decir de Jesús Orozco Henríquez, en su estudio de la Democracia, imperio del derecho y función judicial:

“La separación de poderes y la independencia judicial son claves en una democracia constitucional, toda vez que constituyen el prerequisite de un adecuado control de la constitucionalidad del ejercicio de los poderes.

Someter al imperio del derecho a quienes ejercen el poder político y garantizan, así, los derechos fundamentales, constituye uno de los principales objetivos del Estado Constitucional de derecho.”²³

El control judicial podría ser el contrapeso que garantice las actuaciones del órgano de control financiero-bancario en los procesos liquidatorios. Es indiscutible que la Superintendencia de Bancos debe ejecutar el control, pero una vez concluido este proceso sería importante contar con un contrapeso que permita destrabar los asuntos pendientes en los procesos liquidatorios, que no es otra cosa que el establecimiento de cuentas, particular que se desarrollará en el capítulo siguiente.

Las actividades de las entidades financieras y bancarias del país, son supervisadas por la Superintendencia de Bancos en el ámbito operativo de ejecución de la normativa de control. Como órgano colegiado que regula y emite normativa se crea la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera, órgano de carácter político, que será analizado más adelante.

²³ Jorge Malem, Jesús Orozco, Rodolfo Vázquez, *La función judicial, ética y democracia*, (Barcelona: GEDISA, S.A., 2003), 297.

1.2. Tipos de órganos de control financiero, competencias y alcance en el marco legal ecuatoriano.

A la luz de los planteamientos anteriores, se aprecia que la regulación y control bancario ha sido de interés mundial, por lo que en 1974 fue creado el Comité de Ordenamiento Bancario y Prácticas de Supervisión. Sus integrantes son Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Suiza, Gran Bretaña y Estados Unidos.

Citando a Jesús de la Fuente Rodríguez, el Comité de Basilea es un foro para intercambiar experiencias de control y supervisión de cada país miembro y mejorar los sistemas instaurados en beneficio de todos, siendo uno de sus principales objetivos que ninguna institución bancaria quede fuera de la supervisión y que ésta sea adecuada.

Este organismo ha presentado una serie de normativa de regulación a nivel mundial que sirve de marco regulatorio a todos los países.²⁴

He aquí la importancia de la regulación y control de las entidades financieras bancarias en el mundo. Las crisis bancarias son fenómenos que han golpeado la economía de todos los países del mundo, sin excepción, por tal razón el control se ha intensificado y se busca mecanismos de aseguramiento para incrementar la confianza de los usuarios del sistema, puesto que éste constituye de la misma manera un elemento dinamizador de la economía de un país.

Los bancos realizan permanentes interacciones con sus clientes. Los servicios bancarios son diversos y no se encontraban regulados de manera adecuada, siendo una de estas causas el origen de las crisis bancarias.

Jorge Gallardo Zavala, sienta nueve (9) causas para la generación de una crisis bancaria, encontrándose entre éstas: “un marco regulador y de supervisión pobre y débil; y la interferencia del gobierno.”²⁵

El control bancario se efectúa sobre todo a la administración de los ahorros de los ciudadanos, y el otorgamiento del crédito.

Delimitando el ámbito del estudio es el sector financiero privado, y en particular las entidades denominadas bancos de manera general,²⁶ en virtud de la calificación y

²⁴ Jesús de la Fuente Rodríguez, *Tratado de Derecho Bancario Bursátil, seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, grupos financieros*, (México: Porrúa, Tomo II, 3ª ed., 2000), 1461-1462.

²⁵ Caprio y Klingebiel (1996), citados por Jorge Gallardo Zavala, *Crisis Financieras*, (Quito: 2001, Impreseñal Cia.Ltda.), 44.

²⁶ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Art. 162.

autorización que poseen para la captación de recursos del público, y el otorgamiento de crédito, dado que entorno a esta actividad se desarrolla la normativa de control y las potenciales quiebras o declaratorias de liquidación forzosa, que son parte la investigación.

De igual modo, es esencial delimitar lo que comprende la actividad financiera:

...el conjunto de operaciones y servicios que se efectúan entre oferentes, demandantes y usuarios, para facilitar la circulación de dinero y realizar intermediación financiera; tienen entre sus finalidades preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras son un servicio de orden público, reguladas y controladas por el Estado, que pueden ser prestadas por las entidades que conforman el sistema financiero nacional, previa autorización de los organismos de control, en el marco de la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Las potestades de los órganos de control financiera en el presente trabajo estarían limitadas a estos dos ámbitos. Ahora bien, el Estado como ente regulador y controlador del ámbito financiero bancario ¿Qué responsabilidad mantiene?

Con la actual normativa el Estado tiene la responsabilidad de asegurar, procurar proteger y promover una política de vigilancia que permita proteger a los usuarios del sistema, sin que por ello se convierta en garante o pueda asumir el riesgo de las negociaciones comerciales efectuadas por los bancos, en el ejercicio de sus actividades.

Dispone el artículo 147: “Es responsabilidad del Estado facilitar el acceso a las actividades financieras, fomentando su democratización mediante la formulación de políticas y regulaciones.”

En el capítulo I del Código en mención, en el artículo 2 se implantan los principios generales, el mismo que fija las políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas que rigen a los sistemas monetario y financiero y la relación con sus usuarios.²⁷

Entre los principios fundamentales establecidos en el artículo 3 se destacan los siguientes:

1. Potenciar la generación de trabajo, la producción de riqueza, su distribución y redistribución;
2. Asegurar que el ejercicio de las actividades monetarias, financieras, de valores y seguros sea consistente e integrado;
3. Asegurar los niveles de liquidez de la economía para contribuir al cumplimiento del programa económico;
4. Procurar la sostenibilidad del sistema financiero nacional y de los regímenes de seguros y valores y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los sectores y entidades que los conforman;
5. Mitigar los riesgos sistémicos y reducir las fluctuaciones económicas;

²⁷ Ibid.

6. Proteger los derechos de los usuarios de los servicios financieros, de valores y seguros;
7. Profundizar el proceso de constitución de un sistema económico social y solidario, en el que los seres humanos son el fin de la política pública;
10. Promover el acceso al crédito de personas en movilidad humana, con discapacidad, jóvenes, madres solteras y otras personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria.²⁸

Los objetivos planteados por el Código en mención, en el ámbito financiero bancario son muy ambiciosos y van desde la aprobación de normas que potencien la generación de trabajo, hasta el ejercicio de la soberanía monetaria e inserción estratégica internacional.

En el ámbito de la vigilancia y control encontramos actividades de control desarrolladas como el aseguramiento de las actividades monetarias, financieras, de los niveles de liquidez de la economía, la procuración de la sostenibilidad del sistema financiero nacional, el cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los sectores y entidades que los conforman, mitigar los riesgos sistémicos y reducir las fluctuaciones económicas, y proteger los derechos de los usuarios de los servicios financieros, que sin duda no dejan de ser poca cosa.

Dentro del Sistema financiero bancario el Código establece varios tipos de órganos cuyas competencias están delimitadas taxativamente. Sin embargo, solo establece un tipo de órgano de control, que son las Superintendencias en el ámbito de sus competencias y un órgano de regulación que es la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Revisemos cada uno de ellos:

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera es la responsable de la formulación de las políticas públicas y la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores.²⁹

El Banco Central del Ecuador, que tiene por finalidad la instrumentación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera del Estado, mediante el uso de los instrumentos determinados en este Código y la Ley.³⁰

La Superintendencia de Bancos organismo técnico de derecho público, responsable de efectuar la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema

²⁸ Ibid.

²⁹ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Art. 13.

³⁰ Ibid., Art. 27.

Financiero Nacional, con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.³¹

La Superintendencia de Economía Popular y Solidaria responsable del control y supervisión del sector financiero popular y solidario.³²

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, órgano de control en materia societaria, que ejerce la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del mercado de valores, del régimen de seguros y de las personas jurídicas de derecho privado no financieras.³³

La Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, quien no siendo un órgano de control cumple un papel muy importante en la administración del seguro de depósitos y los fondos de liquidez.

De todas estas instituciones el organismo de control en materia financiera bancaria es la Superintendencia de Bancos y en el ámbito de regulación es la Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera.

El resto de instituciones regulan otros ámbitos financieros o económicos.

En el caso de la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados-COSEDE- es fundamental resaltar que su creación ha sido uno de los mayores aciertos de los últimos años en materia de regulación y aseguramiento de los depósitos de los usuarios del sistema bancario ecuatoriano.

La COSEDE trabaja conjuntamente con los liquidadores y las Superintendencias en el caso del quiebre de una entidad bancaria o del sector de la economía popular y solidaria.

Su origen data de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, de 2008, mediante la cual se introdujeron reformas a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cuyo artículo 40 se establecía:

Las instituciones del sistema financiero deben constituir un fondo de reserva legal que ascenderá al menos al cincuenta por ciento (50%) de su capital suscrito y pagado. Para formar esta reserva legal, las instituciones financieras destinarán, por lo menos, el diez por ciento (10%) de sus utilidades anuales. La reserva legal comprende el monto de las cantidades separadas de las utilidades, y el total de las sumas pagadas por los

³¹ Ibid., Art. 62.

³² Ibid., Art. 74

³³ Ibid., Art. 78.

accionistas a la sociedad emisora en exceso, sobre el valor nominal de las acciones suscritas por ellos, cuando el Estatuto determine el valor nominal de las acciones.³⁴

Esta reforma fue acogida en el Código Orgánico Monetario y Financiero y se creó la COSEDE, misma que administra el seguro de depósito, que es un fondo que garantiza los ahorros de los depositantes en una eventual quiebra de una entidad bancaria. El monto de cobertura es de hasta \$33.000 por depositante por entidad financiera. Este aporte es obligatorio para todas las entidades financieras del país.

Esta decisión de crear un Fondo que garantice los depósitos en una potencial quiebra de un Banco es la más importante, ya que los depositantes deben ser atendidos de manera inmediata en caso de producirse tal evento. Asegurar que los bancos operen de manera confiable, que mantengan su liquidez y solvencia para cubrir cualquier riesgo que devenga del giro de su negocio es una de las obligaciones de los órganos de control, que siempre está latente pues como todo negocio tiene su riesgo.

Los servicios bancarios se realizan entre privados, pero al tratarse de un servicio de orden público, que se encuentra inmersa la confianza y la libertad de los depositantes de disponer de su dinero en cualquier momento, de acuerdo a las condiciones pactadas entre terceros, la intervención del Estado para controlar y regular esta relación comercial es esencial y primordial.

De los hechos históricos podemos determinar que los bancos siempre tienen una posición dominante frente al depositante, su poder económico tiene alta influencia en el sector político, neutralizar y proteger a los depositantes es el deber del Estado, razón por la que se creó la Superintendencia de Bancos, siendo el único órgano de control financiero-bancario que existe en el país, y luego de manera posterior se creó como órgano regulador de la política financiera bancaria la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera.

Estos dos órganos se desarrollan en el ámbito operativo de control y regulación de las entidades en el siguiente marco constitucional:

La Constitución de la República del Ecuador, en el Título V, referente a la Organización Territorial del Estado, Capítulo IV del Régimen de Competencias, en el Artículo 261, numeral 5; confiere *competencia exclusiva* a la Función Ejecutiva en lo que respecta a la política económica y monetaria.

³⁴ Ecuador, *Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera*, Registro Oficial n.º 498, de 31 de diciembre de 2008, Art. 40.

En concordancia con lo analizado, el Art. 309 y siguientes de la Constitución, la norma suprema realiza las siguientes determinaciones: “Las actividades financieras son un servicio de orden público, ejercidas, previa autorización del Estado, haciendo hincapié en que “...la regulación y el control del sector financiero privado no trasladarán la responsabilidad de la solvencia bancaria ni supondrán garantía alguna del Estado”.

Las actividades financieras están consideradas como un servicio de orden público, dicho de otro modo, es un servicio que está direccionado a satisfacer en forma continua, necesidades colectivas, cumpliendo los principios de eficiencia, continuidad, generalidad, acceso, entre otros, no obstante, en este caso, no es el Estado quien los presta, sino que únicamente los controla y regula. No es un servicio público en sí mismo. El Estado no asume la responsabilidad de su ejecución, como sucede en el caso de los servicios públicos propios o delegados. En este tema es el Estado, quien califica a las entidades que cumplan una serie de requisitos previamente definidos, para extenderles una autorización a fin de que puedan ejercer actividades financieras-bancarias, dejando claro la norma constitucional, que el Estado no asumirá responsabilidad por la solvencia o será aval de los bancos, como sucedió en 1999, con la creación de la Agencia de Garantía de Depósito-AGD-

Hay tres corrientes que analizan si los servicios bancarios son un servicio público o no.

La primera dice que sí, la segunda dice que no, y una tercera plantea un análisis intermedio, al cual me sumo y que establece lo siguiente: “...la operatoria bancaria no es un servicio público propio ni impropio, sino que corresponde considerarla como una actividad individual de interés público.”³⁵ Debido a que el servicio bancario tiene dos aristas, por un lado está la normativa de orden público que regula la actividad financiera bancaria y por otro la normativa que regula la relación comercial entre el banco y sus clientes, que es de orden privado.

Siendo un servicio de orden público, no puede cumplir con las exigencias de un servicio público verdadero, porque perdería su razón de ser.

De acuerdo a Wilma Salgado, “El costo de las operaciones denominadas de salvataje bancario, que no evitaron la quiebra de los bancos, pero sí permitieron una elevada concentración del ingreso en manos de los ex accionistas bancarios, ascendió a

³⁵ Horacio Fargosi, citado por María Elisa Kabas de Mortarell, “La banca de hoy, problemática y evolución”; en María Elisa Kabas, *Tratado de Derecho Bancario*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011), 34.

alrededor de 6.000 millones de dólares.”³⁶ Esta suma fue determinada por la ex Gerente de la Agencia de Garantía de Depósito- AGD- a la fecha.

Si bien la administración de la cartera, activos, juicios y demás temas pendientes de las entidades financieras pasó luego a manos de la Superintendencia de Bancos y Seguros, quienes nombraron liquidadores y continuaron administrando dichas entidades hasta el 2009 en algunos casos y en otros hasta el 2010.

Por estos hechos es que la Constitución de Montecristi, acuñó entre sus articulados taxativamente que: “...se prohíbe el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas o privadas”.³⁷

Esto responde también al hecho histórico sucedido en 1998 cuando el ex presidente de la República, Dr. Jamil Mahuad decreto un feriado bancario por tres días impidiendo que los depositantes pudieran disponer de su dinero en sucres, que luego fue dolarizado a un cambio que día a día iba fluctuando, dejando en la angustia y desesperación a miles de familias ecuatorianas.

Estos hechos en la actualidad se encuentran tipificados en el inciso cuarto del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal como el delito de peculado.³⁸ Delito que aplica tanto a los funcionarios públicos como privados y miembros de directorios y de comités.

El jurisconsulto Jorge Zavala Egas, en su libro *Lecciones de Derecho Administrativo* habla de la Teoría Normativa Ordinamental, donde expresa que “ *el análisis del Derecho debe partir de lo elemental, y debe afinarse también, en la realidad...* ”³⁹ En el ámbito bancario la normativa ha ido construyéndose de manera posterior a los hechos, tratando de buscar el bien común de la sociedad, edificando un orden y respondiendo a la nueva visión del Estado ecuatoriano, con la puesta en vigencia de la constitución de 2008, y cuyos principios fueron asumidos en el Código Orgánico Monetario y Financiero en el 2014.

Uno de los principios constituidos en el ordenamiento jurídico es “la prevalencia de lo humano sobre el capital.”⁴⁰ Con lo cual se busca preservar a la parte más vulnerable

³⁶ Wilma Salgado, *La casa del jabonero*, (Abya-Ayala, Quito, 2004), 28

³⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, inciso 3ro, Art. 308.

³⁸ Ecuador: *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento n.º 180 de 10 de febrero de 2014.

³⁹ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de derecho administrativo*, (Guayaquil: Edilex, 2011), 51.

⁴⁰ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, n.º 1, Art. 4.

del sistema bancario: el depositante, y en esa búsqueda y construcción va el presente trabajo académico.

1.2.1 La Superintendencia de Bancos

Como se menciona en los capítulos anteriores el órgano de control financiero-bancario es la denominada Superintendencia de Bancos, quien antes de la vigencia del Código Orgánico Monetario y Financiero ejercía el control de las mutualistas y cooperativas. Sin embargo, con la segmentación del sector de la economía popular y solidaria, las cooperativas y mutualistas fueron incluidas en el mismo, siendo objeto de control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria creada para dicho efecto.

Desde su singularización, este órgano denota “un grado más” cuando utiliza en su denominación el prefijo superlativo “Súper” que de acuerdo a Cabanellas significa: “*SUMMUM. Máximo. Prefijo que indica mayor cantidad mejor calidad*”.⁴¹ Del término *intendencia* dice: “*Del verbo latino **intendere**, dirigir, encaminar. Dirección, gobierno o cuidado de algo*”.⁴²

De las definiciones citadas se puede colegir que la Superintendencia es el máximo órgano de dirección en los temas financieros-bancarios, cuyas potestades responden al principio de legalidad, como se analizó previamente, y que es imprescindible resaltar el siguiente enunciado de los tratadistas García de Enterría y Fernández, quienes son categóricos al precisan:

La capacidad jurídica de Derecho Público de una Administración coincide, pues, con el conjunto de potestades que le hayan sido atribuidas por el ordenamiento; puede producirse jurídicamente en todo lo que resulte del ejercicio de estas potestades que le hayan sido previamente conferidas y no puede hacerlo fuera de esa atribución invocando un supuesto principio de presunción general de aptitud o de libertad.⁴³

Por lo citado, las atribuciones ampliamente desarrolladas en el Código Orgánico Monetario y Financiero son las potestades de supremacía general y especial, potestades regladas, discrecionales, sancionadoras y jurisdiccionales, como se enunció en líneas anteriores. En el ejercicio de dichas potestades, se encuentra un proceso organizacional de aplicación metodológica que se debe observar. Estas serán analizadas partiendo de lo

⁴¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 570 y 571.

⁴² *Ibid.*, 453.

⁴³ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I.*, (Madrid: Civitas, 1981), 444.

general a lo particular, sin que alguna de ellas sea excluyente, sino más bien complementarias entre sí.

La supremacía de control público se traduce en la vigilancia, auditoría, intervención y control, a nivel administrativo, financiero y bancario que se ejerce sobre las entidades financieras. No obstante, cada uno de estos términos connota actividades diferentes cuando están relacionadas con objetivos específicos de la actividad financiera.

El artículo 70 del Código Orgánico Monetario y financiero expresa la potestad de supremacía del órgano de control, en los siguientes términos:

Establece mecanismos y herramientas de control para que en el ejercicio de sus potestades pueda acceder de manera interna, externa, inmediata, a toda la información que requiera, del área o institución que está sometiendo a control.

El control está graduado y va desde la aplicación de una actividad cotidiana hasta controles, vigilancias y supervisiones especializadas, a través de su personal o de ser necesario con apoyo de especialistas, auditores externos.

Las actividades vigiladas pueden estar relacionadas con las áreas financieras, bancarias, administrativas que por control rutinario se ejecuten, así como la alerta generada por un usuario del sistema.

La graduación de la aplicación de medidas correctivas es muy importante de resaltar. La Superintendencia de Bancos en ejercicio de sus competencias y de la potestad de auto tutela, puede y debe tomar las medidas necesarias que obligue al acatamiento de las normas internas, por parte de a quienes se ejerce el control.

Su inobservancia, incumplimiento, puede dar lugar a la aplicación de medidas coercitivas y pecuniarias, que de manera graduada vayan tratando de obligar o persuadir de su cumplimiento, Esta potestad sancionatoria es muy importante, porque es a través de la cual se pretende reparar el daño.

Siendo actos administrativos de control los que emite la Superintendencia de Bancos están investidos de la presunción de legalidad, son obligatorios y de cumplimiento inmediato desde que son comunicados por las partes. La autonomía con que cuenta el órgano, le permite ejercer actuaciones independientes, determinantes con efectos jurídicos generales y particulares, sin que para su cumplimiento requiera de la ayuda o de la participación de otros organismos o avals.⁴⁴

Por medio de la vigilancia, auditoría, intervención y control la Superintendencia de Bancos persigue verificar el cumplimiento del conjunto de las reglas de organización, funcionamiento administrativo, técnico, aplicar un sistema de control y supervisión a las actividades financieras, económicas y prudenciales dispuestas con relación a los temas financieros, son actividades de valor agregado de mucha importancia. Todas las actividades de supervisión son la

⁴⁴ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Art. 70.

razón de ser de la institución, están altamente desarrolladas e integradas en el cotidiano accionar de la institución para asegurar tres aspectos:

1. La fluidez en el sistema de pago;
2. La estabilidad de las entidades financieras, y
3. Los derechos de los depositantes.

Vigilancia y control

La vigilancia es una actividad permanente y básica del órgano de control, que se realiza de manera cotidiana como parte de las funciones y competencias otorgadas en el ejercicio de la potestad administrativa que posee el órgano. La vigilancia es la razón de ser de la Superintendencia de Bancos, que crea un cronograma anual de vigilancia y seguimiento a las entidades bancarias a fin de controlar su adecuado funcionamiento.

La vigilancia se inicia con la instauración de actividades previas, como requisitos mínimos que las entidades deben cumplir para su calificación previa y la entrega de la autorización de funcionamiento. Este trabajo cotidiano de acuerdo a la especificidad de la observación y control se ejecuta a través de auditorías, inspecciones, intervenciones y las diferentes modalidades de supervisión, por lo que se la puede realizar de oficio o a petición de parte interesada, en cumplimiento de sus potestades supremas generales y especiales, así lo establece la Constitución en su Art. 213: *“Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano”*⁴⁵

Por su parte el control del mercado financiero es amplio y vulnerable, y las últimas crisis financiero –bancarias vividas en el mundo en los últimos 20 años han dado como muestra que no es posible mantener un mercado sin control y regulación.

Los gobiernos cumplen un papel muy importante como entes de supervisión y regulación, actividades que deben de ejecutarse de manera acuciosa de tal manera que se propenda a que todos, quienes lo conforman puedan verse beneficiados de su vigencia, lo que en derecho se conoce como el bien común.

El control es un trabajo conjunto con la banca. Hay un control interno y externo. Las entidades financieras bancarias tienen como parte de sus obligaciones contar con un sistema de control interno, con áreas especializadas de oficiales de cumplimiento, de departamentos de conozca a su cliente, que ejercen una actividad de inteligencia, cruce

⁴⁵ Ecuador, *Constitución de la República*.

de información, revisión y autorización para el otorgamiento del crédito, de transferencias; que permanentemente trabajan en un sistema integrado de información cruzada con el Banco Central del Ecuador, con el Servicio de Rentas Internas, y que al menor indicio de movimientos inusuales corresponde emitir una alerta a la Unidad de Análisis Financiero y Económico-UAFE.

Existen varios tipos de control en el ámbito financiero-bancario, como:

Control de liquidez, que es la “medida de política monetaria con el fin de vigilar e influir en la emisión del dinero para controlar la demanda excesiva de crédito al financiamiento interno o en la estabilización de precios”.⁴⁶

Este control va íntimamente relacionado con el otorgamiento del crédito, pues a mayor liquidez, mayor crédito, lo que puede ser perjudicial, debido a que la entidad puede saturarse de activos, de difícil realización con la consecuencia de que la recuperación de esos recursos sea de difícil realización, sea por la vía de cobro o por el remate de las garantías. El otorgamiento de créditos vinculados son los que generaron uno de los problemas de las entidades canceladas por la crisis bancaria de 1999.

Control financiero, es la “Medida de política financiera que realizan las autoridades hacendarias con el fin de controlar los volúmenes monetarios del encaje legal bancario, de tal forma que el crédito pueda contraerse, expandirse o mantenerse constante”.

Es un análisis técnico que lo ejecuta el órgano de regulación.

Control interno, es el “Plan de organización, con métodos y procedimientos que en forma coordinada se adoptan en un negocio para la protección de sus activos, la obtención de información financiera correcta y segura, la promoción de eficiencia de operación y de adhesión a las políticas prescritas por la dirección”.⁴⁷

El control, como función administrativa, es esencial para corregir las acciones que van contra el buen manejo de los recursos de una organización. El control interno debe ser ejercido en todas las áreas de una entidad bancaria. Cada paso y actuación que realizan en los procesos de apertura de cuentas, transferencias interbancarias, concesión de créditos, inversiones lleva una cadena de autorizaciones desde el personal operativo, hasta los jefes de operaciones y demás sujetos de control.

Control de Gestión:

⁴⁶ Rafael Zarandearán, *Diccionario de términos financieros*, (México: Trillas, 2000), 60.

⁴⁷ *Ibid.*, 61.

tiene como meta permitir que los principales responsables de una organización dominen la gestión de sus respectivos centros de decisión. El control consiste en asegurarse, de manera permanente, que las decisiones tomadas en cuanto a la utilización de los recursos y que las acciones llevadas a cabo permitan efectivamente alcanzar los objetivos fijados de antemano.

Se hace control de gestión cuando se evalúa periódicamente el grado de eficacia y de eficiencia con que se han desarrollado las metas propuestas.⁴⁸

La Gestión se puede medir en todo proceso público o privado y es una actividad que permite conocer las debilidades y fortalezas que existen al interior de la institución no solo a nivel financiero, sino de recursos humanos, atención al cliente, logística, etc.

El control conlleva la imposición de medidas reparatorias en algunos casos, éstas pueden ser pecuniarias, para cuya imposición el órgano de control debe de observar el debido proceso.

La potestad reglamentaria y de supervisión es la que le permite el ejercicio del control a la Superintendencia de Bancos y que da lugar al ejercicio de la potestad sancionatoria, tanto de sus miembros como de las entidades controladas.

Inspección

La intervención tiene una medida de control altamente utilizada y efectiva, en cuestión de denuncias que requieran ser atendidas de manera inmediata y que necesiten la revisión u observación de hechos denunciados, con el propósito de ser comprobados de manera directa. Por medio de una inspección. El tratadista Agustín Gordillo, manifiesta que la inspección es una actividad heredada del Estado policía, definida por éste como:

La potestad administrativa de inspección es aquella actividad de la Administración que se dirige a comprobar e investigar el cumplimiento de la legalidad por parte de las actividades inspeccionadas, con el objetivo de garantizar la tutela de bienes o intereses jurídicamente protegidos, en su caso, mediante el restablecimiento de la legalidad vulnerada.⁴⁹

La inspección se utiliza para una verificación preliminar inmediata de hechos, de la aplicación de aquella, se podrá determinar la ejecución de otro tipo de procedimiento como la auditoría, la intervención o supervisión.

Auditoría

⁴⁸ Alberto Chiriboga Rosales, *Diccionario Técnico Financiero ecuatoriano*, (Quito: Alberto Chiriboga Rosales), 50.

⁴⁹ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, 1 ed. (Madrid: Iustel, 2005), 1.890.

Los procesos de auditoría son procesos específicos y especializados a un área en particular.

Para Gordillo, la Auditoría es un *“control selectivo, realizado por un grupo independiente del sistema auditar, cuya finalidad es recabar información necesaria y suficiente para evaluar el funcionamiento y la operatividad”*.⁵⁰

Concordando con la definición de Gordillo, esta técnica permite verificar el cumplimiento de procedimientos internos y de normativa interna a una determinada área.

La auditoría puede ser interna y externa y de varios tipos. La siguiente concepción hace referencia a su origen etimológico, al vocablo “audit”, que significa:

Examen de la situación de una persona, asociación o corporación; especialmente la situación financiera tal como la determinan contadores o auditores. La función primaria de una auditoría es verificar que todos los activos y los pasivos, el ingreso y los gastos, se reflejen correctamente en los libros de una compañía. Una auditoría administrativa supone examinar las capacidades de un grupo o equipo en la administración en cuanto a su eficiencia. Una auditoría fiscal pretende verificar la verdad de los ingresos y gastos de que se informó previamente.⁵¹

Definiciones como las citadas se pueden encontrar en varios diccionarios financieros, pero la principal característica en general es un examen que se realiza de manera posterior a los hechos que se controlan.

Intervención

La intervención es una actividad operativa que requiere la presencia permanente del órgano de control.

Cabanellas define a la intervención como la actividad que se ejecuta: “en asuntos administrativos y políticos, nombramiento de un delegado del Poder central para que subsane faltas, reprima abusos...” En este sentido, la intervención es una actividad en el lugar que se controla y vigila, “a través de un representante que vigila y tiene conocimiento y voz en la toma de decisiones”.⁵²

La intervención es un procedimiento de control directo y de alta injerencia en las actividades cotidianas de la entidad comprometida, que se ejecuta conjuntamente con el personal de la institución en el ejercicio de sus actividades de funcionamiento.

La persona que realiza esta actividad se denomina interventor y tiene la facultad de informar diariamente de los hechos que suceden en la entidad y que podrían generar inconvenientes a futuro.

⁵⁰ Orlando Greco, *Diccionario de Finanzas*, (Buenos Aires: Valleta, 2004), 39.

⁵¹ Rafael Barandiarán, *Diccionario de términos financieros*, (México: Trillas, 2000), 26.

⁵² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 480.

Supervisión

La supervisión es una acción especial, a la que la normativa establece tres grados: preventiva, correctiva e intensiva, verificando la norma que esta actividad es exclusiva de los organismos de control, como lo menciona el inciso segundo del Art. 280 del Código Orgánico Monetario y Financiero que dice: “La determinación de los tipos de supervisión señalados en esta sección y su implementación, serán reservadas y de exclusiva potestad de los organismos de control y no será sujeta de impugnación por parte de las entidades controladas”.⁵³

El Código Orgánico Monetario y Financiero en el artículo citado da el carácter de reservado al sistema de supervisión establecido por la norma, estableciendo que no se podrá presentar acción administrativa, ni judicial sobre dichas acciones, lo que a criterio de la suscrita es inconstitucional y arbitrario pues lesiona el derecho a la defensa y al debido proceso que tienen todas las personas, garantías básicas que están siendo vulneradas por esta norma y que está vigente.

La *supervisión preventiva* está establecida en el artículo 281 y siguientes del Código Orgánico Monetario y Financiero y es un procedimiento que se aplica como un sistema rutinario de control de actividades a la operatividad de la entidad financiera. La norma establece también que esta supervisión se la realiza a entidades de bajo riesgo, con recomendaciones menores, producto de la vigilancia y control cotidiano que efectúa el órgano de manera permanente, sin que esto sea relevante o de una preocupación mayor.⁵⁴ Sin embargo la supervisión implica un hallazgo previo que genera un movimiento inusual en la entidad financiera que requiere ser justificado y revisado para evitar efectos o consecuencias de riesgo mayor en el futuro.

El artículo 282 establece la *Supervisión correctiva*, la misma que contiene un grado más de acuciosidad, la normativa la define de la siguiente manera:

...la supervisión que se aplica a las entidades financieras determinadas por el organismo de control correspondiente como de perfil de riesgo medio, entendiéndose como tales a aquellas entidades cuya condición económico -financiera, calidad de gobierno corporativo o cooperativo, o de gestión de riesgos, entre otras condiciones que determine el organismo de control, evidencian debilidades de moderadas a significativas frente al tamaño y complejidad de sus operaciones y que ameritan un estricto seguimiento de las recomendaciones del supervisor.⁵⁵

⁵³ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Art. 280.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Art. 282.

La normativa decreta un riesgo medio que amerita un estricto seguimiento a recomendaciones efectuadas por el órgano de control. Es decir, que la Superintendencia se encuentra realizando supervisión de manera permanente a procesos detectados con anomalías y está evaluando si se han adoptado medidas correctivas o a su vez si han sido suprimidas, cambiadas para poner fin al mal que se está generando.

El penúltimo grado de control es el definido en el artículo 283 como *Supervisión intensiva*:

Consiste en la supervisión que se aplica a las entidades financieras determinadas por el organismo de control correspondiente como de perfil de riesgo alto y crítico, entendiéndose como tales a aquellas entidades cuya condición económico -financiera, calidad de gobierno corporativo o cooperativo, o de gestión de riesgos, entre otras condiciones que determine el organismo de control, se consideran de inadecuadas a deficientes para el tamaño y complejidad de sus operaciones, que requieren mejoras significativas o que presentan perspectivas claras de incumplir los requerimientos mínimos de solvencia o los han incumplido.⁵⁶

La supervisión intensiva denota una situación crítica de la entidad financiera, por lo que un equipo del órgano de control se encuentra en la entidad financiera monitoreando la actividad financiera bancaria de manera permanentemente. Esta supervisión se la efectúa a la revisión y control de sus procesos contables y financieros, considerando inclusive pérdidas que pongan en riesgo el nivel mínimo de patrimonio técnico requerido.

El estado de la entidad en este grado de supervisión considera que se han cumplido todos los procesos previos de control, que la entidad ha aplicado todos sus mecanismos de obtención y evaluación de procesos internos, de anuncios de advertencia y posibilidades de corrección, que incluye el cumplimiento de un programa en un plazo de tiempo para una evaluación final, cuyo incumplimiento generará “declaratoria de entidad inviable”, lo que dará lugar a la búsqueda de soluciones alternativas, que eviten la declaratoria de liquidación forzosa.

Las posibles alternativas a considerar serán la instrumentación de una fusión extraordinaria, la exclusión de activos y pasivos y por último la liquidación forzosa de la entidad financiera, así lo establece el Art. 287 del Código Orgánico Monetario Financiero. Cualquiera de las alternativas señaladas da lugar a la extinción de la vida jurídica de una entidad financiera. Son etapas previas a su liquidación, con efectos diferentes en el impacto social, las mismas que se analizan a continuación:

⁵⁶ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Art. 283.

Exclusión de activos y pasivos

La exclusión de activos y pasivos de una entidad financiera se da cuando esta ha sido catalogada como *inviabile*, por el hecho de haber incurrido en una o varias causales de liquidación forzosa, según el Art. 291 del Código Orgánico Monetario y Financiero,⁵⁷ el órgano de control debe intervenir de manera directa para tomar el mando y las decisiones más adecuadas respecto a la situación en la que permanecerá en adelante la institución.

En el artículo 303 del Código Orgánico Monetario y Financiero, se encuentran establecidas las causales para dar inicio al proceso de liquidación forzosa y son las siguientes:

1. Por la revocatoria de una o varias de las autorizaciones de actividades financieras, cuando a criterio del organismo de control éstas afecten la viabilidad económico- financiera de la entidad;
2. Por incumplimiento sustancial del programa de supervisión intensiva;
3. Por no cubrir las deficiencias de patrimonio técnico de conformidad con lo establecido en el artículo 192;
4. Por no elevar el capital social o el capital suscrito y pagado a los mínimos establecidos en este Código;
5. Por pérdidas del 50% o más del capital social o el capital suscrito y pagado, que no pudieran ser cubiertas con las reservas de la entidad;
6. Por no pagar cualquiera de sus obligaciones, especialmente con los depositantes, en la cámara de compensación o el incumplimiento en la restitución de las operaciones de inversión doméstica o ventanilla de redescuento, cuando el fondo de liquidez no alcance a cubrir dichas operaciones;
7. Cuando cualquiera de los indicadores de solvencia sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del nivel mínimo requerido;
8. Por acumular dos meses de incumplimiento en el pago de aportes y contribuciones al Seguro de Depósitos y/o Fondo de Liquidez;
9. Por terminación del proceso de exclusión y transferencia de activos y pasivos referido en el artículo 296; y,
10. Por cualquier otra causa determinada en este Código.⁵⁸

Con excepción de la causal del numeral 8, todas las demás son de índole técnicos y son actividades vigiladas, controladas y auditadas de manera permanente por el órgano de control.

La declaratoria de entidad inviable, es un estado legal de la entidad financiera que lleva implícita la suspensión de operaciones que podrían generar pérdida de activos o endeudamiento. De este grupo de actividades se excluye aquellas que son básicas para la administración y cobro de la cartera. La exclusión y transferencia de activos y pasivos,

⁵⁷ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, (Quito; Suplemento de Registro Oficial n.º 332, 12 de septiembre de 2012).

⁵⁸ *Ibid.*, Art. 303.

cuyo fin es proteger los depósitos del público, es otra decisión en el ámbito administrativo, que intenta dar una solución viable previo a la liquidación. Todas estas acciones de control se las ejecuta a través del órgano de control. Otro efecto de este acto administrativo es la pérdida de derechos de accionistas y socios y cesación de administradores, y la imposición de medidas cautelares como la prohibición de enajenar de bienes de propiedad de los accionistas con propiedad patrimonial con poder de decisión sobre la entidad financiera, así como medidas en contra de terceros vinculados y administradores.

El limitar el derecho de administración de la entidad a sus dueños, de manera total, a fin de que un tercero administre la entidad, sin que estos tengan la posibilidad de enfrentar los posibles reclamos, a criterio de la suscrita es un exceso de nuestra legislación que se debe de considerar, ya que son los accionistas y administradores los llamados a solucionar con su peculio los problemas financieros y posibles reclamos presentados por los acreedores, deudores y quien se sintiera en derecho.

Una vez limitado el derecho de administración a los propietarios y declarada la entidad como inviable la entidad, mediante un acto administrativo, el segundo paso es nombrar un administrador temporal y luego uno permanente.

En esta etapa, se intenta evitar que los depositantes y en general los clientes de la entidad financiera se desvinculen del sistema bancario, para lo que se transfiere la cartera con sus respaldos a otra entidad del sector financiero que haya presentado su intención de acogerlos y que el órgano de control elija para dicho fin.

Todas las actividades desarrolladas por el administrador temporal son bajo la supervisión del órgano de control y consisten en: organizar la información de la entidad; la exclusión total o parcial de activos y/o pasivos de la entidad financiera inviable; y, la transferencia de los activos excluidos a otra entidad financiera viable, junto con pasivos por igual valor.

En caso de que la casuística de esta etapa sea diferente en cada caso, el Código Orgánico Monetario y Financiero establece alternativas de solución. En caso de poder concluir en el término de 15 días que le otorga la Ley para la exclusión de activos y pasivos, la entidad entrará en un proceso de liquidación forzosa inminente.

Si bien quedará establecido que activos del banco son realizables y el monto de los pasivos, así como el valor que la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados -COSEDE- deberá cubrir con los fondos existentes

en el seguro de depósito creado por Ley para estos objetos, la liquidación forzosa en esta etapa es un proceso inminente.

La Superintendencia de Bancos determina el control de las entidades financieras que ejercen en nuestro país desde su conformación, funcionamiento y culminación de la vida jurídica.

Mas el proceso de supervisión, vigilancia, control público que realiza el Estado ha sido muy cuestionado debido a la apertura de los mercados.

Una de las limitaciones del control en la actualidad es el libre mercado financiero y la tecnología aplicada a dicho mercado.

Las regulaciones y control que el Estado trata de ejecutar a las actividades financieras, limita el desarrollo ágil de las transacciones en el mercado. El desarrollo de nuevas tecnologías, el uso de la informática para la ejecución de transacciones simultáneas, inmediatas y desde cualquier lugar del planeta, permite dinamizar los mercados financieros y son además una alternativa útil para los usuarios del sistema financiero.

Hoy en día, la tecnología y los sistemas bancarios se traducen en tiempo y dinero. Gracias los avances tecnológicos, los servicios se han dinamizado y existen más ventajas para los bancos y para sus depositantes.

A pesar de este entusiasmo entre la conjugación de tecnología y servicios bancarios, esto se contrapone a los temas de control, por las limitantes que implica.

Uno de los delitos más perseguidos ahora es el lavado de activos, que tiene efectos muy graves. Un ejemplo palpable de la falta de regulación, que saca a la luz redes clandestinas plenamente operadas por grupos de poder, de personas jurídicas que están conectadas hasta internacionalmente.

Por lo cual es imperioso luchar contra la corrupción y la protección de la parte más vulnerable del negocio bancario, que en este caso son los clientes, usuarios del sistema.

Los usuarios del sistema bancario tienen una doble faz: son depositantes y pueden ser prestatarios. Las normas deben proteger a estos dos segmentos de usuarios, debido a que los primeros representan la confianza en el sistema, y los segundos a la dinamización

del sistema. Es la mejor forma de diversificar la economía y brindarle activación y liquidez, estableciendo tasas atractivas de endeudamiento.

Los usuarios pueden presentar los reclamos, recursos y demandas que consideren necesarios, si consideran que sus derechos han sido vulnerados.

Así, la falta de un adecuado control de las entidades financieras es una de las causas del origen de las crisis bancarias, que concluyen con el cierre y cancelación de las entidades financieras. Una alarma social que toma las vidas de muchos depositantes del sistema.

Un aspecto muy cuestionado en la creación de las medidas de control es la influencia política que pueden tener, por temas de intereses privados por sobre los del interés público.

Así lo manifiesta Carles Pareja I Lozano en su publicación “Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano” donde plantea:

El riesgo de confusión entre reguladores y regulados, provocados se pone asimismo de manifiesto por el hecho de que, en los aspectos esenciales de la regulación y supervisión bancaria, las agencias administrativas no intervienen ante conflictos de intereses entre partes distintas, sino que tiene carácter unilateral respecto a grupos especiales de interés altamente organizados.⁵⁹

El Código Orgánico Monetario y Financiero trata de cubrir este aspecto determinando en sus artículos iniciales una serie de prohibiciones para quienes son parte del órgano de control, así como para quienes son parte de las instituciones financieras. Considera, además, que con los órganos de control activos y en pleno ejercicio de sus funciones, igual las instituciones bancarias quebraron por decenas en el país, es importante resaltar que el dejar sin regulación y control, el funcionamiento del sistema bancario ha traído más perjuicios que beneficios, por lo que es importante determinar que los procesos de control tienen como objetivo el mantener el equilibrio y la confianza en el sistema bancario.

Después de aplicar estos procesos, deviene liquidación forzosa, de la cual hablaremos en el siguiente capítulo.

⁵⁹ Carles Pareja Lozano, *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, (Madrid: 1995, Marcial Pons), 88.

1.2.2 Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

La normativa en materia financiera bancaria en el país ha sido modificada en decena de ocasiones, con la finalidad de introducir cambios, regulaciones de acuerdo a la realidad y los avances en la materia a nivel mundial.

El 12 de mayo de 1994 se publica en el Suplemento de Registro Oficial n.º 439 la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, introduciendo cambios importantes en la normativa, siendo uno de los más importantes la creación de la Junta Bancaria (JB), órgano regulador, que se convirtió en la máxima instancia de decisión de las actuaciones del órgano de control.

La Junta Bancaria se creó por ley como un organismo colegiado cuyo funcionamiento se ejecutaba físicamente en la Superintendencia de Bancos.

Este órgano regulador estaba conformado por el Superintendente de Bancos, quien la presidía, por el Gerente General del Banco Central, por dos vocales designados por la entonces existente Junta Monetaria -que a su vez era el directorio del Banco Central- y por un quinto miembro que debía ser designado por los otros cuatro, previa terna del Superintendente.⁶⁰ Esta conformación cambió en el proceso de conformación de los miembros y su designación, transfiriendo al Presidente de la República dicha competencia.

El Código Orgánico Monetario y Financiero conservó la figura de la Junta, pero la denominó Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera, otorgándole plenas facultades en el ámbito de regulación monetaria, financiera y bancaria del país.

Hoy es el máximo órgano de regulación financiera bancaria del país.

El artículo 13 del Código Orgánico Monetario y Financiero, lo define como parte de la Función Ejecutiva, responsable de la formulación de las políticas públicas y la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores. Está conformada de la siguiente manera:

...los titulares de los ministerios de Estado responsables de la política económica, de la producción, de las finanzas públicas, el titular de la planificación del Estado y un delegado del Presidente de la República. Participarán en las deliberaciones de la Junta, con voz pero sin voto, el Superintendente de Bancos, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, el Superintendente de Economía Popular y Solidaria, el Gerente

⁶⁰ Eduardo Carmigniani, *La junta bancaria*, párr. 1, 11 de mayo de 2007. <http://biblioteca.bce.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=72185>.

General del Banco Central del Ecuador y el Presidente del Directorio de la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados.⁶¹

Como se puede analizar la Junta de Regulación tiene una conformación diversa de sectores que pertenecen en su totalidad a la Función Ejecutiva.

Dentro de las funciones establecidas a la Junta, que constan en 55 numerales en el artículo 14 del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF) el numeral 14.4 establece como una de sus funciones “Regular la creación, constitución, organización, operación y liquidación de las entidades financieras, de seguros y de valores.”⁶² No obstante hasta la manifestación del presente trabajo no se encontró normativa emitida por este órgano relacionada con los procesos de liquidación forzosa administrativa de las entidades financieras bancarias.

Dicho órgano tiene potestades supremas de regulación por lo que las instituciones que conforman el sistema financiero están obligadas a someterse a las mismas. Éste puede implantar condiciones y límites al endeudamiento externo que las entidades financieras contraten en el exterior, a los montos de fianzas, avales, garantías o cualquier otro contingente que otorguen las entidades del sistema financiero nacional a cualquier persona natural o jurídica, así como puede establecer multas a los incumplimientos de sus disposiciones.

En ejercicio de esta potestad suprema de regulación, la Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera podrá solicitar sin intermediación alguna información, a todas las entidades públicas y privadas que conforman el Sistema Bancario. El órgano de regulación goza de la potestad de auto tutela, y en cumplimiento de la misma puede solicitar apoyo a grupos de técnicos, especialistas gremios, entre otros de la sociedad civil.

Quienes forman parte de la Junta de Regulación gozan de fuero de Corte Nacional de Justicia por los actos y decisiones administrativas tomadas en el ejercicio de sus funciones.

Aunque queda claro que los actos emitidos por la Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera se dan en el ámbito administrativo, la norma recalca y hace hincapié en aquello. Lo novedoso es que taxativamente somete el proceso impugnatorio al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por lo que la

⁶¹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Art.14.4.

⁶² *Ibid.*

impugnación de los actos administrativos puede realizarse presentando un reclamo o un recurso, o a su vez podrían ser impugnados en la vía jurisdiccional.⁶³

La política financiera bancaria del país se encuentra regulada por un organismo que pertenece a la Función Ejecutiva, y del análisis de la designación del representante legal de la Superintendencia de Bancos, es una potestad del presidente de la República su designación, ya que el Ejecutivo remite una terna para que sea evaluada.

El sistema financiero de regulación y control público se encuentra controlado por la Función Ejecutiva, por lo que las funciones del órgano de control están altamente influenciadas por esta Función, debiendo corresponder como dice la Constitución a la Función de Transparencia y Control Social su vigilancia.

El proceso de liquidación forzosa administrativo no ha sido revisado en todas sus aristas, aún existen espacios que considerar y buscar las mejores alternativas.

⁶³ Ibid., Arts. 14, 15 al 22.

Capítulo segundo

Efectos jurídicos de los actos administrativos emitidos por los órganos de control para la liquidación forzosa y cancelación de las entidades financieras

La regulación de los bancos es una tarea imprescindible del Estado para el correcto funcionamiento del sistema bancario. Con la correcta aplicación de las actividades de control, se garantiza la buena salud del sistema financiero del país.

La liquidación forzosa de las entidades financieras denominadas bancos, sean estos catalogados como múltiples o especializados por el Código Orgánico Monetario y Financiero en el artículo 162,⁶⁴son las entidades del presente estudio, estas empresas privadas son agentes captadores de dinero y generadores de inversión. Además, de ofrecer una variedad de servicios financieros, actividad por la cual cobran comisiones y a su vez pagan intereses a los depositantes por la confianza en la entidad al depositar sus ahorros o realizar sus inversiones.

Este servicio brinda beneficios a los usuarios del sistema bancario, convirtiéndose en una actividad muy importante que dinamiza la economía de los países que genera estabilidad monetaria.

El sistema financiero bancario es un dinamizador de la economía de los Estados, ya que genera trabajo y estabilidad, de ahí la importancia de mantener un control desde lo público y proteger a los usuarios del sistema. Como todo negocio, este maneja un riesgo, que debe ser asumido por quienes son parte de las empresas y quienes las administran, más no sobre los usuarios del sistema y del Estado.

El Estado a través del control busca el bien común, que es uno de los principios del derecho público, con la finalidad de que en caso de un manejo arbitrario de las entidades financieras o de una inobservancia de las normas esta falencia pueda ser corregida, y de ser necesario sancionada.

Son medidas oportunas que permiten evitar daños mayores. Sin embargo, las crisis financieras han afectado al mundo entero en diferentes tiempos de la historia, generando

⁶⁴ Ecuador: *Código Orgánico y Monetario*.

efectos colaterales en las economías del mundo, lo que ha dejado ver la debilidad del control y la existencia de un manejo ético cuestionable.

Ecuador no fue la excepción y en 1999 se produjo la peor crisis financiera de la historia, 31 entidades financieras fueron intervenidas por la AGD y otras declaradas inviables y se dio inicio al proceso de liquidación forzosa.

Estas entidades financieras fueron las siguientes:

1. Banco Agrícola y de Comercio Exterior (Bancomex)
2. Banco del Azuay S.A.
3. Banco de Crédito S.A.
4. Banco del Occidente S.A.
5. Filanbanco S.A.
6. Finagro Financiera Del Agro S.A.
7. Banco Financorp S.A.
8. Banco Popular S.A.
9. Banco de Prestamos S.A.
10. Banco del Progreso S.A.
11. Solbanco S.A.
12. Banco del Tungurahua S.A.
13. Banco Unión S.A.
14. Cooperativa Serfin Cía. Ltda.
15. Cooperativa Unión Familiar Unifam
16. Financiera Amerca S.A.
17. Financiera Ecuacambio S.A.
18. Financiera Iberoamericana (Finiber)
19. Financiera Hemisferio S.A.
20. Financiera Tecfinsa S.A.
21. Valorfinsa S.A.
22. Financiera Confianza S.A.
23. Mutualista Previsión y Seguridad S.A.
24. Banco de Los Andes S.A.
25. Mutualista Manabí
26. Ecuacorp S.A.
27. Intermil S.A.

28. Banco de Descuento S.A.
29. BMU Banco Mercantil Unido S.A.
30. FIMASA S.A.
31. Cooperativa 8 de septiembre

Haciendo una descripción sintética, la normativa relevante emitida para tratar la crisis bancaria de 1999 a lo largo de estos últimos 15 años es la siguiente:

1. La Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario-Financiera, por la que se creó la Agencia de Garantía de Depósitos- AGD- entidad encargada de administrar las instituciones financieras sometidas a saneamiento, con amplias facultades para su administración en materia de contratación pública, y de toma de decisiones para realizar activos y pagar acreencias.⁶⁵
2. La Resolución de la Agencia de Garantía de Depósitos n.º 153,⁶⁶ por la cual se publica El Instructivo de Procedimientos para la Determinación del Origen Lícito y Real Propiedad de los Bienes incautados por la Agencia de Garantía de Depósitos -AGD- cuyo objetivo era establecer los requisitos y procedimientos de reclamo para quienes se consideren afectados por los actos administrativos de incautación ordenados por la Agencia de Garantía de Depósitos.”
3. La Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera,⁶⁷ que en su transitoria quinta establece que la Agencia de Garantía de Depósitos mantendrá su vigencia jurídica a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, por el plazo de un año pudiendo prorrogarse por un período adicional de seis meses, que le permita realizar sus activos, conciliar las cuentas con las personas naturales y jurídicas acreedoras y cubrir sus obligaciones.
4. El Decreto Ejecutivo n.º 202,⁶⁸ dispone que el Ministerio de Finanzas, a partir del 1 de enero del 2010, debe de asumir las competencias, activos y derechos que, en virtud de la extinción de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), debe ejercer dicha Cartera de Estado.

⁶⁵ Ecuador, *Ley de reordenamiento en materia económica en el área tributario-financiera*, Registro Oficial Suplemento 78, 1 de diciembre de 1998).

⁶⁶ Agencia de Garantía de Depósitos, Resolución n.º 153, 2008.

⁶⁷ Ecuador, *Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera*, Suplemento n.º 3 del Registro Oficial n.º 498 de 31 de diciembre de 2008.

⁶⁸ Decreto Ejecutivo n.º 202, Registro Oficial 109 de 15 de enero del 2010.

5. El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas,⁶⁹ dispone en la Transitoria Décima que los activos, derechos y competencias de la ex AGD transferidos al Ministerio de Finanzas de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, pasarán a partir de la publicación de la presente Ley a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD.
6. La Resolución de Junta Bancaria n.º JB-2009-1427,⁷⁰ mediante la cual se modifica el libro I “Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero” de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, introduciendo en el título XVIII “De la disolución, del proceso de resolución bancaria y liquidación de instituciones del sistema financiero” Normativa de mucha importancia para la presente investigación
7. La Resolución n.º 002-2009 de 23 de diciembre de 2009, el Directorio del BCE autorizó al Banco Central del Ecuador recibir los activos de las entidades en liquidación, cuya transferencia haya sido instruida por la Superintendencia de Bancos en los términos constantes en la Resolución n.º JB-2009-1427.⁷¹
8. La Ley Orgánica Derogatoria a La Ley de Buros de Información Crediticia y Reformatoria a La Ley del Sistema Nacional del Registro De Datos Públicos, a La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, y a La Ley de Compañías, (en adelante, Ley de Buros) publicada en el Registro Oficial Suplemento n.º 843 el 3 de diciembre de 2012. Que en la disposición transitoria sexta establece que el Banco Central del Ecuador no es sucesor en derecho de las instituciones financieras extintas. Sin embargo, le permite condonar obligaciones de hasta \$5.000.
9. La Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999,⁷² publicada en el Suplemento del Registro Oficial n.º 188, el 20 de febrero de 2014, mediante la

⁶⁹ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Suplemento del Registro Oficial n.º 306 de 22 de octubre de 2010.

⁷⁰ Junta Bancaria. *Resolución de Junta Bancaria n.º JB-2009-1427*, Registro Oficial n.º 51 del 21 de octubre de 2009

⁷¹ Secretaría General, Archivo Banco Central del Ecuador.

⁷² Ecuador, *Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999*, Suplemento del Registro Oficial n.º 188, el 20 de febrero de 2014.

cual se atendía todos los problemas de activos y pasivos provenientes de la crisis de 1999. Ley que fue emitida específicamente para atender todos los temas pendientes de la banca cerrada de 1999.

10. El Decreto Ejecutivo n.º 705 publicado en el Registro Oficial n.º 546 de 17 de Julio de 2015, por medio del cual el Ejecutivo dispuso la supresión de la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad, y la transferencia de todas las atribuciones, funciones, competencias, derechos, obligaciones y patrimonio de la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad al Banco Central del Ecuador, incluyendo los derechos y obligaciones constantes en convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos.
11. Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores,⁷³ dispone un nuevo recálculo de deudas y condonación de obligaciones en nuevas condiciones a las deudas provenientes de la crisis bancaria de 1999, entre otras. A esta normativa con rango de Ley Orgánica en unos casos y en otros actos administrativos, se debe de sumar las sendas resoluciones promulgadas por la Superintendencia de Bancos para declarar extinta la vida jurídica de las 31 entidades financieras antes detalladas. Un ejemplo de las resoluciones emitidas son las siguientes:

En el Registro Oficial Nro. 139, de 27 de febrero del 2010,⁷⁴ fueron publicadas las resoluciones de extinción de la vida jurídica de BANCOMEX S.A., POPULAR S.A. y PRESTAMOS S.A. El detalle de las resoluciones es el siguiente:

La resolución n.º SBS-2009-743 que resuelve: declárase concluido el proceso de liquidación forzosa y la existencia legal del Banco Agrícola y de Comercio Exterior, BANCOMEX S. A., en liquidación, con domicilio principal en el cantón Manta, provincia de Manabí

La Resolución n.º SBS-2009-744 resuelve: Declárase concluido el proceso de liquidación forzosa y la existencia legal del Banco Popular del Ecuador S. A., en

⁷³ Ecuador, Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, Registro Oficial Suplemento n.º 986 de 18 de abril de 2017.

⁷⁴ Resoluciones de extinción de la vida jurídica de BANCOMEX S.A., POPULAR S.A. y PRESTAMOS S.A., Registro Oficial Nro. 139, de 27 de febrero del 2010

liquidación, con domicilio principal en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha

La Resolución n.º SBS-2009-745 resuelve; Declárase concluido el proceso de liquidación forzosa y la existencia legal del Banco de Préstamos S. A., en liquidación, con domicilio principal en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha

Como estas resoluciones, se emitieron una por cada una de las 31 entidades financieras sometidas a procesos de liquidación forzosa por la crisis de 1999.

La creación de la AGD se publicitó como la entidad del Estado que iba a canalizar y solucionar los aspectos pendientes en los procesos liquidatorios de las entidades financieras. Sin embargo, muy pocos casos fueron solucionados y tanto las entidades financieras bancarias grandes como las medianas continuaron manteniendo problemas que no fueron resueltos y que fueron transferidas a la administración de la Superintendencia de Bancos, quien nombró liquidadores, mas en la ejecución de los juicios coactivos la Superintendencia de Bancos se inhibió de realizar la cobranza en aquellas entidades en las que la AGD inició las acciones de incautación y declaración de real propiedad de los bienes de propiedad de los accionistas o administradores, por lo que la administración de las entidades fue compartida durante algunos años.

Con la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera en diciembre de 2008, se establece que la AGD desaparecerá en un tiempo máximo de 18 meses anuncio que pretendía acelerar los procesos de liquidación, no consiguiendo el efecto deseado.

La AGD se suprimió del Sistema Público Bancario. Sin embargo, los problemas siguieron subsistiendo, y mediante el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁷⁵ se dispone la transferencia de las competencias de la ex AGD al Ministerio de Finanzas y de éste a la UGEDEP.

Es decir, se suprimió una entidad y se transfirió el problema a otra. La norma con rango legislativo, no fue cumplida, porque aun existían asuntos pendientes que solucionar y atender.

Para poner fin a este proceso, luego de 10 años de administración de la AGD y la Superintendencia de Bancos de las entidades financieras en proceso de liquidación forzosa, la Junta Bancaria emitió la Resolución n.º JB-2009-1427,⁷⁶ mediante la cual se

⁷⁵ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Décima Disposición transitoria y Reformas. R.O. 306 de 22-oct.-2010.

⁷⁶ Resolución n.º JB-2009-1427 publicada en el Registro Oficial n.º 51 del 21 de octubre de 2009.

modifica el libro I “Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero” de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, introduciendo en el título XVIII “De la disolución, del proceso de resolución bancaria y liquidación de instituciones del sistema financiero”, el siguiente capítulo: CAPITULO XIV.- DE LA CONCLUSIÓN DE LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN FORZOSA.

En los considerandos de esta Resolución se establece:

Que el referido cuerpo legal no ha previsto los casos en que a la finalización del proceso liquidatorio, el balance de la respectiva institución financiera en liquidación registre pasivos por montos superiores al valor de los activos;

Que la mayoría de los procesos liquidatorios de las instituciones financieras que fueron sometidas a finales de la década pasada e inicios de la actual, a saneamiento y/o liquidación, se han prolongado en forma excesiva, incluso pese a las facilidades otorgadas a los deudores morosos; y, que a partir de ello se ha determinado la necesidad de normar la conclusión de los mismos, a efectos de viabilizar su terminación, dentro del marco legal vigente, especialmente en aquellos casos en los cuales el balance de la entidad en liquidación presente pasivos superiores a los activos; debido además a los altos costos que demanda su administración⁷⁷

En realidad los considerandos de la Resolución n.º JB-2009-1427, son muy parecidos a los de supresión de la AGD, con la particularidad que la administración de los activos y pasivos de 31 entidades financieras extintas se encontraban fraccionados entre tres instituciones: La UGEDEP encargada de administrar y gestionar el cobro los bienes incautados y declarados de real propiedad por la AGD, la Superintendencia de Bancos encargada de realizar el cobro a los accionistas por el déficit patrimonial de las entidades financieras que no entraron a saneamiento sino a liquidación forzosa, y el Banco Central del Ecuador encargado de concluir con el trabajo de los liquidadores de las 31 entidades financieras extintas.

En estas circunstancias, el Banco Central del Ecuador asumió la administración de la cartera de los deudores y acreedores de las entidades financieras extintas y la ejecución de los juicios coactivos iniciados desde 1999 y que no habían concluido, así como la ejecución de los juicios en la vía judicial, por mandato de la Resolución n.º JB-2009-1427, a la cual en lo posterior se denominará Resolución n.º 1427.

La Resolución n.º 1427, establece con el afán de agilizar la transferencia de activos, la celebración de escrituras globales, donde debía constar también la nómina de

⁷⁷ Junta Bancaria del Ecuador, *Resolución n.º JB-2009-1427*, Registro Oficial n.º 51 del 21 de octubre de 2009.

acreedores de la institución cedente. Se dispuso la cesión de los derechos de cobro por la vía coactiva y de los litigios en la vía judicial.

Esta cesión de activos ocasionó serias confusiones en el ámbito administrativo, al momento de plantear el alcance de las competencias del Banco Central del Ecuador, pues desde el mismo órgano de control se asumió que el Banco Central del Ecuador tenía la calidad de sucesor en derecho de las instituciones financieras extintas, aun cuando las 31 instituciones financieras fueron canceladas con actos administrativos emitidos por el órgano de control, meses después de efectuada la cesión de activos y pasivos al Banco Central del Ecuador.

El Banco Central del Ecuador en cuestión de semanas se convirtió en administrador de bienes muebles, inmuebles, de fideicomisos de compañías, de cartera de juicios coactivos y de procurador de juicios en la vía judicial.

Del informe de gestión de cumplimiento de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, presentado por el Gerente General del Banco Central del Ecuador a la Asamblea Nacional el 5 de septiembre de 2014, mediante oficio n.º BCE-GG-1159-2014 se establece lo siguiente:

Los activos son el remanente de los procesos de saneamiento y liquidación forzosa que datan, en algunos casos, de al menos 15 años atrás, los cuales poseen una difícil probabilidad de recuperación, ya que entre sus características se encuentran: inmuebles invadidos, inmuebles registrados en los estados financieros de las IFIs que no se encontraban transferidos a nombre del BCE, inmuebles y muebles con prohibiciones de enajenar, y cartera vinculada y sin garantías reales, constituidas únicamente en papeles o con garantías reales insuficientes u obsoletas.⁷⁸

En números el informe reportó que a agosto del 2014 se encontraban en administración del Banco Central del Ecuador los siguientes bienes:

- 19.667 inmuebles, de los cuales 13.722 se encontraban a nombre del Banco Central del Ecuador, 4.908 a nombre de compañías y 1.037 en fideicomisos.
- 140 fideicomisos fueron transferidos al BCE: 91 de administración, 39 de garantía y 10 en dación en pago por los préstamos de liquidez otorgados a las IFIs antes de la crisis bancaria.
- 236 compañías en las que las entidades financieras eran accionistas fueron transferidas al BCE, en las siguientes condiciones: 33 compañías mercantiles

⁷⁸ Banco Central del Ecuador, *Informe de Gestión del cumplimiento de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999*, Oficio n.º BCE-GG-1159-2014, 5 de septiembre de 2014, 8.

activas, 87 compañías mercantiles en liquidación con activos y 116 compañías mercantiles en liquidación sin activos.

- 3.455 obras culturales.
- 136.545 bienes muebles
- 5005 operaciones de cartera no vinculada por un valor de USD 2'494.914.217,73.
- 98.444 acreencias por un valor de USD 822.219.565,25 dólares entre personas privadas y públicas.
- 10.000 juicios coactivos aproximadamente, de los cuales 6.000 estaban archivados y 4.000 activos.
- Juicios en la vía judicial 5.778

Parte de los problemas transferidos se materializaron en una centena de reclamos de ciudadanos que solicitaban la revisión de la vinculación efectuada en años anteriores, así como solicitudes de pago de liquidaciones laborales de trabajadores, entre otros.

Todos estos problemas debían resolverlos los liquidadores de cada entidad y no lo hicieron, transfiriendo la responsabilidad al Banco Central del Ecuador, entidad que por sus competencias netamente bancarias y la restructuración de personal (supresión de partidas) recibió los archivos y bienes en el lapso de dos años, en las ciudades de Quito y Guayaquil respectivamente, evidenciando serios problemas de registro y existencia de documentos y bienes.

La falta de documentos de respaldo de la cartera transferida, las inconsistencias en los sistemas informáticos, la falta de coherencia entre lo establecido en escrituras públicas, los sistemas y los documentos (la falta de inspección a los bienes) hizo que la recepción de alrededor de 54.000 cajas de archivos se realice de manera poco ortodoxa.

El Banco Central del Ecuador se constituyó en cesionario de los activos de las 31 entidades financieras extintas, sin que por esta figura se haya convertido en el último responsable de las arbitrariedades cometidas por las entidades financieras bancarias en funcionamiento o en etapa de liquidación.

Larrea Holguín realiza un análisis de la cesión de bienes, establecida en los artículos 527 a 529 del Código Civil y establece:

Implica el dejar a disposición de los acreedores todo el patrimonio (salvo ciertas reservas) del deudor, quien a su vez entre sus bienes puede poseer créditos, los cuales quedan cedidos a los acreedores. Pero esta cesión de derechos se rige por las normas

contenidas en el Código de Procedimiento y tiende a una liquidación del patrimonio del deudor, para satisfacer a los acreedores de manera ordenada, respetando la prelación de sus créditos.⁷⁹

Según lo analizado por Larrea Holguín, la cesión dependiendo de si esta es a título oneroso o gratuito, modificará la relación entre cedente y cesionario. Así, si es onerosa, se asimila a una compra venta y si es gratuita a una donación. En ambos casos el efecto principal es el paso de un crédito o un derecho.⁸⁰

En el caso de la transferencia de los bienes al Banco Central del Ecuador por parte de las instituciones del sistema financiero, al ser a título oneroso, como plantea la Resolución JB-2009-1427, se entiende que se asemeja a una compraventa, por lo que el BCE no podía tomar decisiones sobre un patrimonio previamente establecido por los liquidadores, quienes si eran representantes legales de las entidades financieras extintas.

Por lo expuesto, el BCE no tenía más competencias que realizar los activos y pagar acreencias, pero al momento de revisar la situación de cada entidad se encontraron con situaciones particulares que requerían ser atendidas por mandato legal y no por un acto administrativo, al tratarse de decisiones que afectan derechos de terceros sujetos al derecho privado.

Lo mismo sucedió con la ejecución de los juicios coactivos. Se recibieron juicios coactivos iniciados por la AGD, que continuaban en ejecución, juicios en la vía ordinaria de trabajadores de las entidades financieras reclamando el pago de sus liquidaciones, juicios de insolvencia y quiebra no impulsados, entre otros casos.

En estas circunstancias, a diciembre de 2013 la situación de la administración del encargo de la Resolución n.º JB 1427 no había avanzado como se esperaba, siendo necesario la publicación de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, donde en 29 artículos se atendió de manera general, los problemas identificados como:

1. Terminación de pleno derecho de los fideicomisos en administración, a fin de poder realizar los bienes inmuebles de las entidades financieras en esta modalidad de propiedad.
2. Cancelación de pleno derecho de las compañías sin activos.

⁷⁹ Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil en el Ecuador*, (Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000), 317, 328.

⁸⁰ Ibid.

3. Cancelación de las compañías con activos en los que las entidades financieras eran dueñas de más del 50%, previa a la transferencia de activos al Ministerio del Ramo.
4. Recálculo de las obligaciones.
5. Transferencia de bienes culturales al Ministerio o entidad pertinente.
6. Aplicación de la condonación de obligaciones dispuesta en la Ley Orgánica Derogatoria a La Ley de Buros de Información Crediticia y Reformatoria a La Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, y a La Ley de Compañías, a las obligaciones de cuentas por cobrar existentes en el sistema de las entidades financieras extintas sin respaldo.
7. Corrección de errores de fondo y de forma en el registro de operaciones crediticias y no crediticias.
8. Aceptación de daciones de pago de las garantías originales del crédito.
9. Regularizaciones de actuaciones de otras administraciones en el área contable para la depuración de las cuentas contables.
10. Realización de los bienes muebles de acuerdo a la normativa emitida por la Contraloría General del Estado.
11. Pago de acreencias depositarias y de obligaciones laborales establecidas en sentencias presentadas en contra de las entidades financieras, que no se encontraban provisionadas o registradas al menos como un contingente.

Estos puntos se pueden resumir en los siguientes ejes principales:

1. La transferencia de bienes inmuebles y muebles a las instituciones públicas competentes para su administración, según su ubicación geográfica, urbanos a INMOBILIAR y rural al MAGAP.
2. La constitución de un fondo común con los recursos en efectivo de todas las instituciones financieras extintas para el pago de acreencias hasta por un monto de \$75.000 dólares, y un plazo perentorio para su cobro o su extinción.
3. El recálculo de deudas a 6 años con un año de gracia, al 5% del interés anual, con aplicación previa al capital de todos los abonos efectuados a lo largo de la vigencia de la deuda.

Es importante mencionar que durante el lapso del 2010 al 2012, se presentó la confusión de si el Banco Central del Ecuador era sucesor en derecho de las entidades financieras extintas. Situación que dio lugar a la presentación de reclamos y recursos por

parte de los supuestos afectados, quienes buscaban la eliminación de deudas, el registro o pago de acreencias, lo que no era posible para el Banco Central del Ecuador, pues debía tomar decisiones sobre los balances registrados y remitidos por los liquidadores, sin tener competencia.

Por esta razón en diciembre de 2012, luego de dos años de vigencia de la Resolución n.º 1427, se publica en una disposición transitoria en la Ley Orgánica Derogatoria a La Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a La Ley del Sistema Nacional del Registro De Datos Públicos, a La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario,⁸¹ y a La Ley de Compañías, una aclaración en la que se establece que el Banco Central del Ecuador no es sucesor en derecho de las entidades financieras extintas.

La norma citada al respecto establece:

El Banco Central del Ecuador en su calidad de cesionario de los activos y, por tanto, de la cartera de cobro de las instituciones financieras de la denominada "banca cerrada" y aunque el cesionario no es un sucesor en derecho de dichas instituciones financieras deberá condonar en su totalidad, las obligaciones vencidas e impagas registradas en su contabilidad, cuyo capital sea hasta de US\$ 5.000 (Cinco mil dólares de los Estados Unidos de América).⁸²

Este ha sido uno de los puntos más convertidos en la aplicación de la normativa en análisis, pues al interior del mismo órgano de control se han emitido criterios, a través de actos administrativos, provenientes de autoridad competente, mediante los cuales se reconoce la calidad de sucesor en derecho al Banco Central del Ecuador, disponiendo el pago de acreencias o a su vez la condonación de obligaciones, o el cumplimiento de sentencias en contra de las entidades financieras, emitidas dentro de procesos en los que el Banco Central del Ecuador no era y no fue parte procesal.

Esta disposición que además en el fondo dispone la condonación de obligaciones de hasta \$5.000, deja claro que el Banco Central del Ecuador, no puede atender los reclamos e indemnizaciones que en su momento iniciaron los acreedores y deudores de las entidades financieras extintas en contra de las entidades financieras.

⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica Derogatoria a La Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a La Ley del Sistema Nacional del Registro De Datos Públicos, a La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario*, Suplemento R.O. No 843 de 3 de diciembre de 2012.

⁸² Ecuador: *Ley de Ley Orgánica Derogatoria a La Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a La Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, y a La Ley de Compañías*, Registro Oficial Suplemento 843 de 03 de diciembre de 2012.

Estando en ejecución la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, y en proceso de conclusión de los objetivos planteados, el Ejecutivo emite el Decreto n.º 705, mediante el cual dispone la supresión de la UGEDEP y la transferencia de las competencias de dicha entidad al Banco Central del Ecuador.

Este hecho complicó la ejecución de la Ley Orgánica en ejecución ya que nuevamente el Banco debía recibir los activos, pasivos de los accionistas, en las mismas condiciones que en el año 2010, con las agravantes que el tiempo marca en este tipo de administraciones.

Al tener que atender de manera integral los nuevos activos, pasivos y demás asuntos pendientes de la UGEDEP, se promulgó la Ley Orgánica para la Restructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores,⁸³ por medio de la cual se dispone un nuevo proceso de recálculo de oficio, la condonación de obligaciones en nuevas condiciones a las deudas provenientes de la crisis bancaria de 1999 y se autorizó la venta de la cartera con la siguiente disposición constante en el artículo 1 de la Ley en mención:

La cartera resultante de las operaciones crediticias, y las operaciones no crediticias que a la fecha de la promulgación de esta Ley posee el Banco Central Ecuador y que provengan de los procesos y operaciones derivados de la crisis financiera suscitada en el año 1999, serán vendidos de conformidad con la Ley, a entidades de servicios auxiliares del sistema financiero nacional especializadas en cobranzas de propiedad mayoritariamente pública en el plazo de hasta (90) días...⁸⁴

La cartera fue nuevamente recalculada y aquellas operaciones que no pudieron ser beneficiadas con la Ley fueron vendidas a RECYCOB S.A., entidad creada mediante Resolución de la Superintendencia de Compañías n.º SCVS-IRQ-DRMV-SAR-2017-00022650, de 13 de noviembre de 2017, mediante la cual se dispone tomar nota de lo resuelto por la Superintendencia Bancos y la conversión del Banco COFIEC S.A. a Compañía de Servicios Auxiliares del Sistema Financiero en la Gestión de Cobranza, y por ende el cambio de denominación por Compañía de servicios auxiliares de gestión de cobranza RECYCOB S.A. Esta compañía es de propiedad mixta, siendo el Estado el

⁸³ Ecuador, *Ley Orgánica para la Restructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores*, Registro Oficial Suplemento n.º 986 de 18 de abril de 2017.

⁸⁴ Ecuador, *Ley Orgánica para la Restructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores*, Registro Oficial Suplemento n.º 986 de 18 de abril de 2017.

accionista del 50% del paquete accionario, a través de la Corporación Financiera Nacional-CFN.

Con esta venta de cartera los problemas de la crisis bancaria de 1999, aun no se han solucionado. El Banco Central del Ecuador debe de resolver los asuntos pendientes con las compañías provenientes de la ex UGEDEP, los activos, los Fideicomisos de administración, los bienes inmuebles y muebles, que no fueron considerados en la última Ley publicada, para ser resueltos, por lo que el tema sigue pendiente tanto para el Banco Central del Ecuador, como para RECYCOB, quien deberá realizar la cobranza de obligaciones pendientes por más de 15 años.

En el caso del Banco Central del Ecuador la administración de la Banca cerrada se la ejecuta a través de un proyecto, cuyo monto deberá ser establecido para el respectivo cargo al déficit patrimonial de cada una de las entidades financieras extintas, ya que el Estado no puede asumir obligaciones de terceros, como se analizó en el capítulo anterior. Lo que sigue siendo un costo para el Estado.

De lo expuesto se puede determinar que la ejecución de la liquidación forzosa administrativa en el caso de las entidades financieras de la crisis de 1999, aun no se ha cerrado, pese a la cancelación de las 31 entidades financieras.

Los principales efectos de la aplicación de la liquidación forzosa administrativa a las entidades financieras extintas se pueden resumir en los siguientes puntos:

- Inversión de recursos públicos con un alto riesgo de no recuperación. (tiempo, recursos financieros y recursos humanos).
- Emisión de normativa que en la práctica no surte efecto, porque no soluciona los problemas.
- Pérdida de confianza en los órganos de control.
- Demandas internacionales por parte de los accionistas de los bancos, reclamando reparación por parte del Estado por sus actuaciones al enfrentar el tema de la crisis bancaria.

En la actualidad se encuentran en proceso de liquidación forzosa algunas entidades financieras bancarias, una de ellas es el Banco Territorial. La liquidación forzosa de esta entidad se inició en marzo de 2013, hasta la fecha continúan en ejecución los procesos liquidatorios y mantienen varios temas pendientes de ser ejecutados, ocasionando gastos de personal para su funcionamiento, pago de liquidador, pago de abogados externos para la defensa de la entidad, cuyos valores salen del Estado.

Este es uno de los ejemplos más reciente de que la liquidación forzosa administrativa no es eficaz como se requiere.

Un aspecto muy importante a considerar en el ejercicio de los procesos liquidatorios, es que los actos emitidos por todos los órganos que han administrado los problemas de la crisis bancaria de 1999, conocidos como *banca cerrada*, han sido impulsados o gestionados a través de actos administrativos, sobre la base de las potestades otorgadas a la administración,

A lo cual realizamos el siguiente análisis: el liquidador es un profesional nombrado por el órgano de control, quien en el ejercicio de sus funciones emite actos, de naturaleza administrativa, que por sus características ha dado lugar dentro de los procesos liquidatorios antes revisados, a que los asuntos resueltos en un determinado momento por una entidad, vuelvan a ser analizados nuevamente por la autoridad de ese momento, sea el director, liquidador, gerente, designado, dando lugar a un desgaste de los actos administrativos y a la generación de inseguridad jurídica.

Por lo que es importante establecer lo que es un acto administrativo.

Según Dromi, el acto administrativo es:

una declaración, entendiéndose por tal un proceso de exteriorización intelectual-material-que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado o escrito y signos convencionales. La voluntad depende de un solo sujeto de derecho: el Estado.”⁸⁵

Considerando lo expuesto por Dromi, los actos administrativos emitidos dentro de los procesos de liquidación forzosa son de formación unilateral, pero de efectos bilaterales, ya que la decisión que tome la administración afectará no solo al interior de la institución, sino a terceros, como son los accionistas y los recurrentes o reclamantes, quienes son personas naturales o jurídicas, cuya relación surgió de un acuerdo entre privados.

El paso del tiempo en los procesos liquidatorios ha ocasionado que los temas no sean resueltos por el temor de los liquidadores a la toma de decisiones por la responsabilidad que sus actos podrían generar frente a terceros, que a criterio de la suscrita esta podría ser la principal causa del no cumplimiento de sus funciones.

⁸⁵ Roberto Dromi, *El Acto administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad, 1997), 16.

En las liquidaciones forzosas un acto administrativo unilateral termina dirimiendo un asunto de derechos como lo es la propiedad, la libertad de contratación, entre terceros que son privados.

Además, un acto administrativo emitido por quien fue parte del proceso previo de control, por lo que el control de legalidad a través de un juez se hace necesario.

Los temas pendientes de resolver en la liquidación se traducen en números, que casi siempre cuando se termina dando la razón a una de las partes hay una afectación patrimonial, en tal virtud, quienes ejercen la liquidación tienen temor de tomar decisiones sobre aspectos relacionados al patrimonio de la entidad a la que representan.

Siempre está latente la posibilidad de que, pese a que es un asunto en materia financiera –bancaria, la Contraloría General del Estado bajo la premisa de la supervisión de recursos públicos termine realizando algún examen especial, a pedido de alguien interesado, que podrían ser los accionistas o un tercero, que justifique su interés, generando superposición de roles entre los entes de control.

2.1 Regulación bancaria en el Ecuador para los procesos de liquidación forzosa.

El Código Orgánico Monetario y Financiero es la normativa que establece los procesos liquidatorios, para lo cual analizaremos la liquidación, sus tipos y efectos.

La liquidación

La liquidación es un término que connota un arreglo de cuentas, el establecimiento del estado situación de algo o de alguien en relación a un tercero. Nuestra normativa lo singulariza como un proceso que puede ser voluntario o forzoso.

Con este preámbulo y acogiendo la definición propuesta por Arthur Anderson, quien la define como una “operación destinada a determinar la situación final de los derechos de un negocio, contrato, convenio, etc. En especial, estipulación del patrimonio y situación de una sociedad en liquidación, realización de su activo y pasivo, y reparto del remanente a los socios”.⁸⁶

Si consideramos la definición establecida, la liquidación es una actividad fuera de las potestades de control asignadas por la Constitución a las superintendencias. Es una actividad que implica la ejecución de una serie de procesos para determinar el activo y el pasivo, de una entidad financiera, lo que implica ir determinando las responsabilidades administrativas, civiles y penales, e que incurrieron los administradores, los miembros

⁸⁶ Arturth Anderson, *Diccionario Economía y Negocios*, (Madrid: Editorial Espasa, 1997), 376.

del directorio o quienes hayan tenido capacidad decisoria, en su momento, y que no pudieron ser corregidas o detectadas en la etapa de control público ejercido desde el Estado.

El artículo 299 del Código Orgánico Monetario y Financiero establece dos tipos de liquidación: la voluntaria y la forzosa.

La liquidación es un paso previo a la cancelación de la entidad financiera, que se debe de cumplir a manera de rendición de cuentas a la sociedad, a los órganos de control, a los socios, y a terceros interesados, a fin de transparentar el manejo de los recursos de los depositantes y su fin.

Los órganos de control están vigilantes desde la creación de las entidades financieras hasta su extinción. Desde que se constituyen a través de un acuerdo entre privados, que es elevado a instrumento público, en la forma de escritura pública, verificando el cumplimiento de requisitos mínimos, extendiendo autorizaciones para su funcionamiento, vigilando el cumplimiento de la normativa en el manejo de la captación de recursos, en las inversiones, los préstamos y demás actos jurídicos que permiten el cumplimiento de sus objetivos, hasta que luego por diversas razones estas entidades llegan a extinguirse en el tiempo.

La liquidación es un paso previo a la cancelación de la vida jurídica de las entidades financieras bancarias, que pueden ser por acuerdo de los socios o puede ser de manera forzosa, ésta última implica que ha existido un largo proceso de control previo y que, sin poder contener el riesgo para la sociedad, se ha procedido a suspender sus actividades y a sacar del sistema bancario a una entidad financiera, para lo cual se han establecido causales.

Liquidación voluntaria

La liquidación voluntaria de una entidad financiera no genera alarma social. Este establecimiento de cuentas predispone que existe un acuerdo, que no conlleva un daño a terceros, sino una mejor decisión o una decisión diferente a continuar con el negocio.

El artículo 301 del Código Orgánico Monetario y Financiero establece las circunstancias en las que una entidad financiera podrá acogerse y solicitar al órgano de control la autorización para proceder a una liquidación voluntaria:

Las entidades del sistema financiero nacional se liquidan de forma voluntaria, cuando no estén incurso en causales de liquidación forzosa, por las siguientes causales:

1. Por vencimiento del plazo de duración fijado en el estatuto social;
2. Por fusión;

3. Por conclusión de las actividades para las cuales se formaron; y
4. Por traslado del domicilio principal al extranjero.

A estas causales se agrega una por interés público dispuestas por el presidente de la República.

Este proceso de liquidación voluntaria pasa desapercibido por la sociedad ya que no genera la pérdida de la confianza de los usuarios del sistema bancario.

Liquidación forzosa

La liquidación forzosa administrativa no ha sido analizada como tal en la doctrina ecuatoriana y a nivel regional, existen pocos estudios en virtud de que este proceso no se encuentra aplicado en todos los países.

Las normas de Basilea no desarrollan de manera amplia este proceso, ya que un número considerable de sus miembros los somete al arbitrio de los jueces, fuera del alcance de las facultades de las autoridades supervisoras.⁸⁷

Como vimos cuando se trató la exclusión de activos y pasivos de una entidad financiera, la normativa establece 10 causales para declarar una entidad financiera como inviable, lo cual constituye un paso previo a la liquidación forzosa, que en su mayoría son por aspectos técnicos.

El Código Orgánico Monetario y Financiero establece desde el artículo 304 al 318 el proceso liquidatorio forzoso administrativo. Sin embargo, hay actos previos a esta resolución que deben de ser considerados.

Previo a que la Superintendencia de Bancos emita el acto administrativo de sometimiento al proceso de liquidación forzosa de una entidad, como se analizó en el capítulo anterior, el órgano de control deberá haber emitido la orden de suspensión de operaciones, disposición que se mantiene mientras la entidad se encuentre en proceso de liquidación.

Una vez emitida la disposición de suspensión de operaciones el órgano de control puede nombrar un administrador temporal o el liquidador, quienes vendrán a reemplazar al Directorio de la entidad y a sus accionistas, para proceder a la toma de decisiones en coordinación con el órgano de control.

El proceso de exclusión y transferencia de activos y pasivos es una decisión que puede ejecutarse tanto por el administrador temporal o por el liquidador, por lo que esta etapa puede ser previa o posterior a la declaratoria de sometimiento de liquidación forzosa.

⁸⁷ Jesús de la Fuente Rodríguez, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, 1465 y 1466.

La liquidación forzosa trae como presunción de derecho el cometimiento de un delito, tipificado como quiebra fraudulenta, es decir, se asume que la situación de la entidad es debido a la ejecución de actos dolosos cometidos por los administradores, accionistas, funcionarios o empleados que hubiesen participado en el proceso de toma de decisiones de la entidad bancaria en liquidación.

Por lo que, es el mismo órgano de control el responsable de presentar ante la Fiscalía General del Estado, la denuncia correspondiente, para que se inicien las investigaciones.

El contenido de la resolución administrativa de liquidación forzosa está determinado en el Código. Siendo un acto administrativo el mismo está sujeto a impugnación en sede administrativa o judicial ante la respectiva sala de lo contencioso administrativo.

La interposición de un recurso o acción no suspenderá los efectos del acto de liquidación de una entidad financiera, en todo caso se asumirá lo que resuelva la resolución o sentencia de última instancia según el caso.

Entre las funciones que la norma otorga al liquidador están las de agente cobrador, a través de la vía coactiva. Las principales funciones establecidas por la norma en el artículo 312 se reducen al ejercicio de la representación legal judicial y extrajudicialmente, por lo que el detalle de las funciones desarrollado a partir del numeral 2 hasta el 14 es redundante.

Sin embargo, desde el inciso siguiente de los numerales antes señalados se establece una serie de disposiciones que limitan el accionar del liquidador: “El organismo de control determinará las funciones adicionales que deba cumplir el liquidador, según el caso”.⁸⁸

Lo citado hace ver claramente la falta de independencia del liquidador, a pesar de que la responsabilidad por las decisiones tomadas es personal.

Las incidencias del órgano de control son evidentes. A lo largo de la normativa nos encontramos con la relación estrecha que se establece con el liquidador desde el momento de su nombramiento, así la toma de decisiones en coordinación permanente con el órgano de control y la determinación de sus funciones por parte de la Superintendencia de Bancos se establece de manera obligatoria.

⁸⁸ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*.

Continuando con el análisis de los incisos tercero y siguientes del artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero, cito el siguiente:

Los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieren ser liquidados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, serán transferidos a un fideicomiso cuyo fiduciario será la Corporación Financiera Nacional B.P., con el objeto de enajenar los remanentes y pagar a los acreedores de la entidad en liquidación de acuerdo al orden de prelación establecido en este Código.⁸⁹

Redactada como está, la norma denota que, una vez que el liquidador se ha dado por vencido, al no poder ejecutar su trabajo, se transfiere esta competencia a un fideicomiso. A lo que caben al menos tres preguntas:

1. ¿No es función del liquidador ejecutar estas acciones citadas?
2. ¿Es eficiente la conformación de un fideicomiso luego de la liquidación para continuar con las acciones pendientes?
3. ¿Con qué recursos se financian estos fideicomisos si los bienes no han podido ser realizados por el liquidador?

La norma otorga el plazo de dos años para que el fideicomiso concluya con la realización de activos y pago de pasivos, y le faculta para ejercer la actividad de cobro por la vía coactiva a través “de cualquier entidad del sector financiero que pueda ejercer dicha jurisdicción.”⁹⁰ Y al final somete cualquier divergencia al conocimiento de los jueces en la vía ordinaria.

El ejercicio de la jurisdicción coactiva es una prerrogativa de la función ejecutiva, la constitución de un fideicomiso a cargo de entidades del Estado, son claras señales de que el proceso liquidatorio lo asume el Estado ecuatoriano de manera indirecta, a través de sus instituciones.

El limitar al liquidador en el ejercicio de sus funciones es una clara intromisión del órgano de control, el crear un fideicomiso para la administración de los activos y pasivos es una muestra evidente de que el proceso de liquidación forzosa administrativo no ha sido eficiente, y conedores de aquello se crean figuras jurídicas que permitan salir del enrollo sin solucionar la liquidación, y establecer el monto real de lo que los responsables de la administración de la entidad financiera en liquidación

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

debe de pagar a sus usuarios o al Estado ecuatoriano en ejercicio de una reparación integral en busca del bien común.

El Código establece una serie de prerrogativas al liquidador de las entidades financieras, a fin de ejecutar el cobro de las obligaciones vinculadas pendientes, para que, con su realización, pueda tener la liquidez necesaria y proceder al pago de acreencias.

Un ejemplo de esto es la formulación de una prelación para el cobro de las obligaciones adeudadas por las empresas de propiedad de aquellos accionistas o administradores de las entidades financieras en proceso de liquidación, cuyo detalle consta en el artículo 313, que dice:

inclusive aquellas que no fueren exigibles a la fecha de suspensión de operaciones, para estos efectos, se entenderán de plazo vencido, y por tanto constituirán, a favor de la entidad suspendida que las tome en administración, crédito privilegiado de primera clase aun con preferencia a los créditos hipotecarios, los estructurados en fideicomisos o cualquier otro de diversa naturaleza que no sean los haberes que se deban a los trabajadores o a las instituciones del Estado, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social... dispondrá las medidas cautelares y apremios que quepan, incluso de carácter real sobre bienes que se encuentren sujetos a gravamen de cualquier tipo o aportados a fideicomisos, los cuales serán cancelados por el administrador temporal o el liquidador de la entidad, a fin de cobrar lo que se adeude, para que con su producto, respetando la prelación determinada en el presente inciso, se cubran las acreencias conforme al artículo 315.

La normativa brinda al liquidador toda la libertad dentro del proceso de cobro, estableciendo procedimientos especialísimos para la conformación del proceso de cobro de las obligaciones de los accionistas o administradores de la entidad en liquidación.

Una característica de las normas que regulan este tipo de situaciones relacionadas a crisis bancarias, es el establecimiento de acciones legales sin aplicación del debido proceso, como ejemplo cito lo siguiente:

disponer la cancelación en el Registro de la Propiedad de la inscripción de compraventas, daciones en pago o cualquier otro título traslativo o limitativo de dominio, incluidos los aportes a patrimonios autónomos, respecto de aquellos bienes de las empresas vinculadas a las personas con propiedad patrimonial con influencia o administradores, celebrados con posterioridad a la suspensión de operaciones de la entidad financiera, a fin de que esos bienes sirvan para cobrar lo que se adeude de acuerdo a lo preceptuado y al procedimiento determinado en el inciso que precede.⁹¹

⁹¹ Ecuador: *Código Orgánico Monetario y Financiero*, inciso 3 del art. 313.

Lo descrito es una constante en la normativa que regula los hechos de la crisis bancaria. La norma dispone la toma de acciones sin observancia de garantías del debido proceso. Un principio de derecho es que las cosas se desasen de la manera en que se hacen, pero en este caso la norma dispone la reversión de actos entre terceros, sin una conformación de la voluntad previo a ser revertido.

Son esta serie de decisiones las que en lo posterior establecen demandas, reclamos, recursos de reparación en contra del estado ecuatoriano, lo que se traduce en tiempo y recursos en la defensa y en un posible pago indemnizatorio.

Otro aspecto importante del proceso liquidatorio forzoso es el pago de acreencias, por no decir que es el proceso principal, es el devolver a los usuarios del sistema la confianza.

Las acreencias son los pasivos de una entidad en liquidación. Este aspecto fue el que más controversia derivó en la crisis de 1999, ya que, al no existir un Fondo de garantía, los depósitos fueron cubiertos por el Estado ecuatoriano, lo que en la actualidad está prohibido en la Constitución y en las normas secundarias.

El pago a los depositantes fue una preocupación principal y como se vio al inicio del presente estudio, por esta razón se conformó la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados COSEDE.

Con este aspecto resuelto de alguna manera, considerando que los usuarios serán atendidos de manera inmediata. Sin embargo, el pago de los depósitos por parte de la COSEDE, obliga al liquidador a recuperar dichos valores pagados por la COSEDE, para su restablecimiento al Fondo existente.

Una vez ejecutados todos los activos y los bienes en garantía de los créditos, el liquidador debe iniciar las acciones de cobro a los accionistas. Es en la ejecución de este proceso donde se presenta un nuevo problema, ya que los listados y registros de los accionistas de las entidades en liquidación no cuentan con información precisa y verificada.

En los listados se encuentran personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras sin número de identificación, RUC, nacionalidad, domicilio; personas contra quienes no se puede iniciar acción judicial alguna.

Se debe de señalar que la verificación de la información de los accionistas y administradores es una actividad supervisada por el órgano de control, que debe de cumplir requisitos mínimos. Sin embargo, esto no se cumple.

Dentro de la regulación emitida por la norma para el pago de acreencias no se encuentra desarrollado de manera detallada, y observando algunas casuísticas que limitan el trabajo del liquidador, como es la situación cuando la entidad financiera se ha quedado sin activos, y no ha alcanzado a realizar el pago de las prelación siguientes, que como la entidad en liquidación se encuentra sin bienes no se pagarán, obviamente, por lo que podría dar lugar a que se notifique a la COSEDE del hecho y pueda iniciar este organismo la cobranza a los accionistas.

Sin embargo, al existir un mandamiento legal que dispone que se debe realizar el pago en tracto sucesivo, sin saltarse prelación alguna, el liquidador no notifica a la COSEDE del particular, dejando sin ejecución las acciones de cobro.

En el pago de acreencias el artículo 314 establece que, a partir de la fecha de la liquidación forzosa de una entidad, no devengarán intereses los depósitos de los acreedores o las obligaciones pendientes. Frente a lo cual me parece que es un trato poco justo en virtud de que debe establecerse una atención emergente y reconociendo los intereses de ley con cargo a la entidad en liquidación.

En este sentido, creemos que las personas que eran depositantes del sistema financiero –bancario se ven perjudicadas por el tiempo que lleva contar con sus recursos, pese que en la actualidad la devolución de sus ahorros se encuentra cubierta.

Una vez concluido el proceso liquidatorio y de quedar valores no reclamados el liquidador depositará en la Cuenta Única del Tesoro Nacional. El resto de activos se transferirán a la entidad que se encarga de la gestión inmobiliaria del Estado, para su disposición.

Nuevamente se responsabiliza a una entidad del Estado la administración de activos, sin considerar de qué tipo de activos se trata, sin establecer a título de que se realizará la transferencia o a cambio de qué.

Finalmente, el órgano de control con el informe final de la liquidación, dispondrá la extinción de la entidad y excluirá a la entidad financiera del Catastro Público.

La liquidación forzosa administrativa de una entidad financiera bancaria, no es un proceso fácil, que responsa a una casuística que pueda detallarse en una normativa considerando todos sus potenciales desenlaces, pues es precisamente el mal manejo de la entidad, la inobservancia de la normativa, la que da lugar a su liquidación de manera intempestiva.

La quiebra de una entidad financiera se debe sobre todo a un irregular y mal manejo, en todos los aspectos del ejercicio de sus funciones: concesión de créditos

vinculados, ya sea por propiedad, por administración o presunción. Lo cual da lugar a que los sistemas informáticos no cuenten con auditorías de seguimiento, registro y control de las actuaciones tomadas, por lo que no es de sorprender que existan muchos reclamos de ciudadanos afectados por estas actuaciones.

Aun así, el establecer en la norma la constitución de un fideicomiso para que administre lo que el liquidador no pudo concluir, no es la mejor alternativa, basta con regresar a mirar el Fideicomiso AGD no más impunidad, el Fideicomiso de Medios, entre otros, en administración del Banco Central del Ecuador para determinar que esta posibilidad no soluciona el problema.

Si la liquidación no puede ser concluida será porque en el fondo existen muchas otras razones de peso que deberían ser analizadas, a fin de regularlas en derecho y evitar dejar en indefensión a los usuarios del sistema bancario.

De la normativa expuesta y analizada se puede establecer que el proceso de liquidación forzosa administrativa considerado en el Código Orgánico Monetario y Financiero no resuelve los problemas en el mediano tiempo, por lo cual va transfiriendo la responsabilidad del liquidador, quien si es representante legal de las entidades en liquidación, a instituciones estatales para que realicen el trabajo del liquidador, y por último para que aun en esas condiciones se proceda a la cancelación de las entidades financieras sometidas a este proceso.

Nada nuevo se ha planteado en relación a las liquidaciones forzosas en el Código Orgánico Monetario y Financiero, de alguna manera se ha plasmado el procedimiento vigente a través de la Resolución de Junta Bancaria n.º JB-2009-1427 y de la serie de normativa administrativa y legislativa emitida al respecto, para atender los aspectos no resueltos después de más de 15 años de la crisis bancaria de 1999.

La liquidación forzosa administrativa al encontrarse en el ámbito administrativo ha sido sometida a una serie de afectaciones legales por las que de manera dispositiva se plantea una solución directa considerando el tiempo transcurrido desde el origen de los hechos, se han condonado obligaciones, intereses, se han cancelado entidades sin contar con los déficits patrimoniales establecidos.

Los temas han sido tratados a través de leyes, decretos y actos administrativos emitidos por cada una de las instituciones, no quedando registro en la actualidad de sus actuaciones.

Al parecer es una estrategia el trasladar archivos de una entidad a otra y de esta manera hacer perder el rastro de lo actuado. Primero fue la AGD, la Superintendencia de

Bancos, el ministerio de Finanzas, la UGEDEP, el Banco Central del Ecuador y ahora RECYCOB, quien por su carácter de privada no debe de rendir cuentas a nadie.

La falta de continuidad y de registros históricos ha propiciado el mejor escenario para que los casos tratados y resueltos en administración de la AGD, en la administración de los liquidadores (Superintendencia de Bancos) cuya voluntad del ciudadano reclamante o recurrente, no hayan sido atendido de manera favorable, a sus deseos, sean atendidos nuevamente por las nuevas instituciones creadas por el ley o por un Decreto, logrando en muchos casos sus objetivos en la nueva institución, dando lugar a inestabilidad, potenciales actos de corrupción y lo más desalentador a la emisión de normas con rango de ley estériles, ineficaces.

La provisionalidad del acto administrativo, que no es otra cosa que el establecimiento del ¿Cuándo? O dicho de otra manera de la caducidad del derecho de recurrir, reclamar o demandar en ciertos casos ha sido abusada debido a los continuos cambios de personal en las mismas instituciones, y en este caso en particular debido a los cambios de instituciones que administren el tema.

Por lo que se evidencia que en estos procesos los actos administrativos emitidos por autoridad competente han perdido ejecutoriedad y se da lugar a un proceso impugnatorio ante la nueva autoridad de turno, quien se siente en la obligación de atender los pedidos sin considerar la temporalidad, ya que desconoce si los mismos han sido atendidos, ya que la falta de registros informáticos y archivos físicos del tratamiento de los asuntos administrativos no existen.

El liquidador en el ejercicio de sus funciones tiene algunos limitantes, no puede establecer la reparación de daños y perjuicios a los cuenta ahorristas el pago de indemnizaciones, la eliminación de obligaciones, la regularización de errores, pues los hechos analizados son generados por terceros, a quienes se les quitaron sus derechos sobre el ejercicio pleno del negocio, viéndose obligado el Estado a emitir la normativa legal para atender estos casos particulares.

Estos son temas de derechos humanos relacionados a su derecho a la propiedad, al buen nombre, que deben ser tratados por normativa con rango de Ley, lo que ha ocasionado la emisión de normativa legal de manera frecuente e improvisada, para bachear los vacíos existentes, que no se pueden atender de manera administrativa.

Aunque la doctrina establece que el acto administrativo “posee la eficacia inherente al poder (auto tutela declarativa) que ostenta la administración”,⁹² en los procesos de liquidación forzosa el poder otorgado al liquidador puede verse mermado en la ejecución y aplicación de los actos administrativos necesarios, debido al paso del tiempo, pues pierden eficacia y oportunidad, al no ser atendidos en el momento de ser solicitados.

La presunción de legalidad de los actos administrativos, también se ve afectada, este principio, no es sino el que declara que acto administrativo es válido, se refiere a la presunción “*iuris tantum*” es decir “produce efectos jurídicos inmediatos, se ejecutorio precisamente por su validez presunta...”⁹³ Pero, en la ejecución de los procesos liquidatorios se ve presente que las entidades de control y de administración resolvieron de manera diferente un mismo aspecto, sin recurrir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para que resuelvan los temas de lesividad, por las responsabilidades generadas tanto para los funcionarios públicos, en este caso el liquidador, como para los administrados.

Si bien los problemas planteados no corresponden al acto administrativo en sí y a su procedimiento, sino más bien a las actuaciones humanas, el persistir en mantener un procedimiento de liquidación forzosa administrativa sin brindar la seguridad jurídica al liquidador y realizar cambios en el rol del órgano de control, se seguirán repitiendo los mismos errores y generando ineficacia de la administración y la pérdida de eficacia del derecho administrativos en los temas financieros.

2.2. Análisis de reforma legal

La posibilidad de quiebra de una entidad financiera está latente en nuestra sociedad. Es responsabilidad del Estado garantizar el control del correcto y oportuno funcionamiento de las entidades financieras y de que los verdaderos responsables del manejo de la entidad respondan a los ciudadanos, en búsqueda del bien común.

En la práctica, una vez declarada la liquidación forzosa de una entidad financiera, el procedimiento se ejecuta en varias áreas del derecho.

La presunción de derecho de que, el inicio del proceso liquidatorio forzoso responde a actos dolosos, mismos que deben de ser denunciados por el órgano de control,

⁹² Jorge Zavala Egas, *Lecciones de derecho administrativo*, (Guayaquil: Edilex, 2011), 581. 582.

⁹³ *Ibid.*, 581, 582.

⁹³ *Ibid.*, 582.

y que tanto el administrador temporal como el liquidador deben de prestar todas las facilidades para la investigación a la Fiscalía General del Estado, puede dar lugar al establecimiento de delitos como lavado de activos, peculado bancario, enriquecimiento ilícito privado, que suele venir asociado a los delitos de evasión tributaria.

Por otro lado, está el tema del establecimiento del balance definitivo de la entidad en liquidación, que tiene y a quien debe, que está asociado a los temas administrativos que permitirán ir estableciendo el balance final. Actividades diarias de revisión de acreedores, orden de prelación, estado de la cartera y garantías, situación de los activos, atención de solicitudes, reclamos, recursos y la recuperación, lo cual requiere de un mínimo de personal que colabore con el liquidador en el proceso liquidatorio.

La parte administrativa y de recuperación resultan ser la actividad más compleja, ya que debido al mal manejo de las entidades es que muchas áreas del banco no tendrán las cosas claras y respaldadas, generando falta de información, pero es aquí donde el órgano de control debía ejercer sus potestades de control.

Es, por tanto, importante considerar la posibilidad de que la liquidación forzosa de las instituciones financieras sea atendida en vía judicial.

Este modelo liquidatorio se lo aplica en otros países del mundo, considerando para el presente estudio el modelo argentino, el cual se expondrá más adelante.

Del análisis efectuado a lo largo del presente estudio se pueden establecer varios aspectos que considerar para la propuesta:

La Superintendencia de Bancos es un órgano de control que está altamente influenciado por la Función Ejecutiva.

La Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera es un órgano de regulación financiera bancaria de la Función Ejecutiva.

Las potestades de control entregadas por la Constitución a las Superintendencias no contemplan el proceso liquidatorio forzoso como parte de sus competencias constitucionales, sino que han sido establecidas por el Código Orgánico Monetario y Financiero, que siendo legales y legítimas pueden ser objeto de transferencia a otra entidad.

El órgano de control tiene establecidas las potestades de control de manera amplia y detallada por lo que sus funciones podrían quedar claramente establecidas hasta la declaración del sometimiento al proceso de liquidación forzosa de una entidad.

En la práctica no se cuenta con ningún caso exitoso de liquidación forzosa administrativa en el país, sino más bien con una serie de problemas no resueltos que con el paso del tiempo ha ido asumiendo el Estado.

El rol de la Superintendencia de Bancos como organismo técnico es muy importante, y su acompañamiento en el proceso liquidatorio es fundamental. Sin embargo, dadas las circunstancias de que tanto el órgano de control, como el órgano de regulación tienen una alta influencia del ejecutivo es importante separar su grado de control del proceso liquidatorio forzoso, ya que es éste mismo órgano quien nombra los administradores temporales, como los liquidadores.

A estos aspectos estructurales es importante sumar el aspecto de la materia. Con esto se quiere establecer que el proceso liquidatorio forzoso es un procedimiento que dirime aspectos de derechos fundamentales como el del patrimonio de terceros, tanto de los accionistas de la entidad, como de los usuarios o clientes de la entidad bancaria. No es adecuado que se siga administrando el proceso liquidatorio con actos administrativos, la liquidación requiere la toma de decisiones que afectan el patrimonio de una institución, lo que se requiere de la actuación de un juez constitucional, al que el sistema judicial le proporcione el respaldo necesario para la toma de decisiones de manera transparente y oportuna.

La liquidación forzosa se dirime a través de la actuación de un liquidador, nombrado por el mismo órgano de control, al cual coordina y dirige, por lo que se requiere que la revisión de legalidad se la realice aplicando el sistema de contrapesos, con la intervención de los jueces constitucionales de derecho.

La Función Judicial cuenta con toda una institucionalidad establecida, tanto orgánica y física, que podría atender estos procesos con apoyo del órgano de control y de peritos calificados que apoyen en el proceso judicial del establecimiento del balance final de la entidad.

Con la aplicación de una liquidación forzosa judicial se minimiza la responsabilidad del Estado en potenciales demandas por temas de legalidad, ocasionados por el paso del tiempo y las continuas rotaciones de personal a las que está sujeta la Función Administrativa y que suelen generar nulidades de los procesos.

Todas las instituciones que forman parte del Estado, que ejercen una potestad, están sujetas al control de sus actuaciones y omisiones, el no ejecutar su trabajo de manera oportuna y eficiente deviene en el establecimiento de responsabilidades al Estado y por

ende a los funcionarios que generaron la situación, pudiendo aplicar el Estado el derecho de repetición.

Una parte de la doctrina establece en la teoría de la responsabilidad lo siguiente:

La teoría de la responsabilidad por la falta o falla en el servicio acudiendo a las características de este tipo de responsabilidad se establece como una de las características la falta del servicio, esto es un hecho antijurídico que causa agravio a los administrados. Esta es diferente del mero hecho del servicio, que se acerca más a la teoría del riesgo.

En este régimen de responsabilidad, el Estado respondería porqué el servicio funcionó mal, funcionó tardíamente o no funcionó”.⁹⁴

Es decir, la responsabilidad del Estado es por hacer o no hacer, y puede ser interpuesta en cualquier momento, por lo que es importante que los procesos liquidatorios sean ejecutoriados en una función que garantice independencia, permanencia y registro de las resoluciones adoptadas.

De manera simultánea accionistas o interesados podrían presentar sus reclamos al juez para que sean atendidas de manera oportuna, y no tendrían que esperar a que concluya la liquidación.

Dado el tema especial del derecho se podría sugerir la especialidad, formación de jueces en materia bancaria y de liquidaciones, para un mejor desenvolvimiento, aunque tratándose de aspectos inherentes a temas de privados la sugerencia es la aplicación de materia civil y no la contencioso-administrativa, que igual está obligada a velar por el bienestar general.

El juez puede garantizar que la entidad financiera no podrá ser extinta hasta que concluya todos los aspectos pendientes de su liquidación.

La aplicación del sistema de contrapesos, de acuerdo a lo establecido por José Antonio Fernández es una estrategia de lucha contra la corrupción:

El Poder judicial como garante de la legalidad, es la última ratio en la lucha contra la corrupción. En los Tribunales de Justicia, reside la potestad para declarar la ilicitud penal de las acciones corruptas de las autoridades y funcionarios públicos (jurisdicción penal), la ilegalidad de los actos administrativos de abuso de poder (jurisdicción contenciosa administrativa), la responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios públicos derivada de la desviación de los fondos públicos (jurisdicción contable), e incluso la ilegalidad de los abusos de poder relacionados con la contratación de personal (jurisdicción laboral) en la práctica por el contrario, la irresponsabilidad de los funcionarios públicos y de las instituciones de control de las ADMINISTRACIONES PUBLICAS sitúan al Poder judicial en la primera línea de la lucha contra la corrupción. En numerosas ocasiones, los casos de abusos de poder de la Administración, atraviesan

⁹⁴ Luis Eduardo Mesa Nieves, *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.), 33.

todos los filtros de control sin que sean corregidos, obligando a los ciudadanos a acudir a las diferentes jurisdicciones, solicitando su remoción. Esta preeminencia del binomio particulares-jueces de la lucha contra la corrupción, se muestra, incluso en el caso de jurisdicción penal...”⁹⁵

Compartiendo el criterio del tratadista Fernández, y por los hechos jurídicos expuestos, la propuesta de una reforma normativa en los procesos de liquidación forzosa es un cambio importante que pretende garantizar la impunidad en la ejecución de dichos procesos.

Los actos emitidos por un liquidador nombrado por el órgano de control son actos especiales, que pueden ser impugnados en vía administrativa en el caso de que alguno de los accionistas, o terceros, se vieran afectados con sus decisiones. Sin embargo, no son actos administrativos definitivos como los concibe la doctrina. En tal virtud, no pueden dirimir problemas relacionados al establecimiento de derechos, y reparación de daños.

La doctrina define al acto administrativo como unilateral, es la manifestación de la autoridad pública, en ejercicio de facultades que son propias de ella, y en el marco de relaciones de subordinación. En la formulación de la administración no interviene la voluntad del administrado.⁹⁶

Considerando estos elementos, es necesario contar con una liquidación judicial que permita atender de manera integral los aspectos suscitados en el proceso liquidatorio.

Una reforma normativa podría considerar como antecedente la normativa promulgada en la República Argentina, luego del suceso financiero-bancario denominado “El corralito”.

Conforme señalan los autores de la obra titulada “Nuevo Régimen legal de liquidación y quiebra de bancos”, para la legislación argentina fue importante tomar la decisión de establecer la liquidación forzosa en vía judicial, ya que antes quien la ejecutaba era el Banco Central de ese país, lo cual ocasionó muchos problemas al igual que en nuestro país, debido a que las competencias del Banco Central de la República Argentina no eran, ni son las de liquidar o ejercer las funciones de síndico de quiebra, lo cual generó distracciones en la ejecución de sus competencias principales.

⁹⁵ José Antonio Fernández Ajenjo, *El Control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, 1 ed. (Pamplona: Aranzadi, 2011), 190, 191.

⁹⁶ Juan Carlos Benalcázar, “El acto administrativo”, en Oyarte Martínez, Rafael (Coord.), *Procesos Constitucionales en el Ecuador, La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005), 59.

En virtud de este criterio y conforme a la ley 24.144, el Banco Central de Argentina deja de actuar como liquidador de las entidades financieras, así como tampoco será síndico concursal en la quiebra.

La Ley 22.529 establece la intervención judicial en la etapa concursal y en la quiebra, pero antes brinda procedimientos de salvataje administrativos como saneamiento de las entidades en dificultades; fusiones, absorciones o ventas de entidades; aplica el principio de subsidiaridad y libre iniciativa, encomienda a terceros gestiones de administración de entidades, recuperación de la cartera , entre otros, en la vía administrativa dejando en mano de los privados la resolución de sus problemas, con arbitrio del órgano de control.

Al tratarse de aspectos entre terceros la norma facilita los acuerdos y soluciones que entre el banco, acreedores y depositantes pudieran llegar, dándoles amplias facultades con supervisión estatal.

Deposita confianza entre quienes se beneficiarán de la toma de decisiones propiciando una buena administración, donde el órgano de control participa como controlador del proceso, porque aún no se encuentra en etapa de quiebra o liquidación la entidad.

La mala administración de una entidad genera el surgimiento de varios problemas, entre los que se encuentra la corrupción, al respecto la doctrina manifiesta lo siguiente:

En contraste con el arquetipo de buena administración surge el concepto de la mala administración (*malad ministración*), entre cuyas conductas se incluyen las incorrecciones graves, como los casos de corrupción, parcialidad o negligencia que supongan abusos deshonestos en los procesos de toma de decisiones y, además, los supuestos de defectos menos graves que supongan ineficiencias de información y otras deficiencias, errores de apreciación de los hechos relevantes, actuaciones desproporcionadas o desequilibradas y falta de motivación de las resoluciones⁹⁷.

Estos aspectos son los que el órgano de control está en la obligación de vigilar y sancionar, al menor indicio de su existencia.

De acuerdo con Moiseeff y Viviani, el cambio radical en el procedimiento y funciones del Banco Central de Argentina, en virtud de la Ley 24.144 significó poner en manos de la Justicia el patrimonio de las entidades financieras, para que los juzgados competentes procedan a su liquidación.

⁹⁷ José Antonio Fernández Ajenjo, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, (Madrid: Civitas, 2011), 417.

La normativa argentina establece en la Ley un concurso preventivo y la quiebra.

La liquidación judicial se denomina quiebra en el sistema argentino y está a cargo del Juez de Comercio.

En la ejecución del concurso preventivo, como paso previo a la quiebra, se limita el accionar de la entidad bancaria, pero el administrado conserva la administración de su patrimonio, con ciertas limitaciones, como son: la vigilancia del síndico, la prohibición de realizar actos que se establecen en la norma, para lo que se requiere autorización judicial.

El régimen de administración queda diferido en gran medida a lo que acuerden los acreedores y el deudor en el acuerdo preventivo.

El juez tiene a su alcance una serie de medidas cautelares para aplicar y garantizar la presencia de los administradores y dueños de los bancos, como son restringir las salidas del país, no pudiendo el concursado viajar al exterior sin previa comunicación al juez del concurso.

Una vez declarada la quiebra, quien se encuentra facultado para impulsar el proceso judicial, es el juez concursal. Este es el director del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias.

A partir de la declaratoria de quiebra, la administración de la entidad financiera es sustituida por el síndico en toda actuación judicial relacionada con los bienes sujetos a desapoderamiento, lo que implica que el primero pierde toda posibilidad de actuación por sí o por apoderado convencional.

Sin embargo, la EFI conserva la legitimación para actuar de las siguientes maneras:

- Extrajudicial y judicialmente, requiriendo medidas conservatorias en omisión del síndico o hasta tanto éste tome intervención.

- Judicialmente, en todos los pleitos relativos a bienes no sujetos a desapoderamiento.

- En el proceso concursal, en todos los casos que la ley le reconoce esta posibilidad.

Dentro de los efectos personales respecto de la entidad declarada en quiebra, se puede observar que, tanto él como los administradores y representantes de la sociedad, están obligados a prestar colaboración para el esclarecimiento de la situación patrimonial y la determinación de créditos, por lo que deben comparecer cada vez que el juez los cite para dar las explicaciones necesarias sobre el tema.

Un tercer procedimiento novedoso que contiene la legislación argentina para solucionar la insolvencia y evitar la quiebra, son los denominados Acuerdos Preventivos Extrajudiciales (APE), que son negociaciones privadas, privilegiando negociaciones directas entre deudor y acreedores, limitando la intervención judicial, abaratando costos y abreviando los tiempos de los acuerdos.

Esta vía de solución directa a cargo de los responsables de las entidades bancarias y de los usuarios del sistema bancario podría ser una solución definitiva a los problemas presentados.

En este sentido, el legislativo en Argentina distanció al Banco Central de las funciones que ejercía y para las cuales no fue creado, específicamente el papel de liquidador y síndico concursal de una entidad financiera.

En este sentido, el legislativo en Argentina distanció al Banco Central de las funciones que ejercía y para las cuales no fue creado, específicamente el papel de liquidador y síndico concursal de una entidad financiera.

El reto es enorme, y requiere un cambio en la mentalidad del órgano de control en el caso de Ecuador, pero, como dicen los autores argentinos:

“Lo cierto es que la reforma introducida ha significado transitar por caminos hasta hoy desconocidos, lo cual trajo aparejados problemas que difícilmente escapan a toda nueva legislación, que modifica substancialmente la anterior y a no ser parte de una íntegra y atenta lectura del plexo normativo, existen posibilidades de incurrir en serios errores de interpretación”⁹⁸

Someter a una liquidación judicial a las entidades financieras extintas facilitaría que un solo ente de justicia resuelva todos los aspectos pendientes, no solo los contables, sino todos aquellos que han sido detallados.

⁹⁸ Marcos Moiseeff, Jorge, Viviani, “Nuevo Régimen legal de liquidación y quiebra de bancos”, en Carlos Gustavo Gerscovich (director) *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, (Buenos Aires: Ad-hoc, 1999), 799 – 806.

Existen algunos aspectos relevantes que considera de la normativa argentina, como es el limitar el poder de la administración bancaria, pero no dejarla desaparecer del proceso pre liquidatorio y liquidatorio, ya que siempre está presente para resolver los problemas

El órgano de control trabaja conjuntamente con la entidad financiera y los usuarios permitiendo soluciones amistosas a los problemas.

Al someterse al arbitrio de un juez la liquidación las partes se sienten seguras de una imparcialidad en el proceso.

Conclusiones

De acuerdo al estudio realizado las potestades de los órganos de control se encuentran ampliamente desarrolladas en la normativa. Todas las competencias atribuidas a la Superintendencia de Bancos permiten una vigilancia permanente de los Bancos.

Este organismo técnico se ha ido especializando en sus técnicas y mecanismos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades financieras, de los servicios bancarios, con la finalidad de cumplir el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

Si bien la labor del órgano de control ha sido fortalecida, los procesos de liquidación forzosa aun presentan debilidades en la misma redacción de su procedimiento, dejando claro que, de no ser posible solucionar los problemas con la actuación del liquidador, entonces es necesario trasladar los mismos a un fideicomiso administrado por una entidad del Estado, por lo que no se resuelve el asunto principal, que es establecer con transparencia el estado situación de la entidad de manera integral para su posterior cancelación

La liquidación forzosa de la manera propuesta por nuestra normativa no es eficiente y queda evidenciado con los casos analizado, donde el Estado es quien termina invirtiendo recursos para lograr la recuperación y solución de los problemas que genera la liquidación forzosa administrativa, que por la alta rotación de personal, no garantiza continuidad de las actuaciones, y que genera inseguridad en la toma de decisiones de los liquidadores, al tratarse de la administración patrimonial de terceros.

La Superintendencia de Bancos como órgano de control tiene una alta injerencia del Ejecutivo, lo cual puede repercutir en la toma de decisiones, siendo juez y parte dentro de los procesos liquidatorios, por lo que se sugiere que otra función del Estado ejerza contrapeso dentro de este proceso.

El proceso de liquidación de una entidad financiera no es parte de la potestad de control concedida a la Superintendencia de Bancos y a la Junta de Regulación, por lo que la propuesta requiere de un cambio a nivel legal en el Código Orgánico Monetario y Financiero que establezca el nuevo procedimiento, para lo cual se ha tomado como modelo la normativa argentina.

Un efecto actual del proceso de liquidación y cancelación de las entidades financieras es que el Estado empieza a asumir el proceso liquidatorio administrativo, aun después de extintas las personas jurídicas. Se continúa invirtiendo recursos sin contar con las personas jurídicas y sin que los accionistas tengan claro un juicio de cuentas.

Las decisiones administrativas están sujetas a control judicial, el adoptar un nuevo modelo podría beneficiar a concluir los procesos liquidatorios de manera eficiente y ejemplificadora.

Con la intervención judicial a través del proceso concursal se espera atender todos los temas pendientes sin necesidad de recurrir a otras instancias o de la emisión de normativa para su solución, lo que beneficiaría al Estado.

En tal virtud este proceso singular podría ser cabalmente ejercido por la Función Judicial, como sucede en otros países y de esta manera minimizar el riesgo de Estado al asumir este proceso en el área administrativa y de crear precedentes que permitan ir afinando este proceso.

La Función Judicial cuenta con una organización que garantiza mayor estabilidad y al tratarse de temas de legalidad, son los jueces quienes con independencia deben atender las liquidaciones y los por menores de dichos procesos en coordinación con los responsables e interesados del tema.

La liquidación forzosa judicial es un mecanismo de atención de las crisis bancarias para determinar responsabilidades y el balance de las entidades sometidas a este proceso, que por los hechos ocurrido en el país podría funcionar como un mecanismo nuevo en este ámbito.

Considerando la normativa argentina se encuentra innovador para nuestro derecho:

1. Limitar el accionar de los representantes de la entidad en liquidación únicamente en lo referente a la toma de decisiones sobre el patrimonio y el endeudamiento, más no en el tema de la representación legal y su comparecencia a juicio o a otras instancias administrativas, por los reclamos presentados. Con esto el Estado no asume la responsabilidad de terceros por su administración en el momento de la declaratoria de liquidación forzosa.
2. Incluir como etapa previa a la liquidación la posibilidad de negociar entre privados los temas pendientes, antes de declarar la quiebra de la entidad ante el juez. Si bien están intervenidos y limitados en sus facultades los accionistas

y administradores, son quienes deben afrontar como van a cubrir los pasivos que mantienen con terceros, pero siempre bajo la tutela del órgano de control a fin de garantizar el bien común.

3. Determinar que el órgano de control tiene competencia de control y vigilancia hasta antes de iniciado el proceso de liquidación. Una vez declarado el proceso de liquidación el órgano de control debe brindar todo el apoyo necesario al juez para asesorar de manera técnica, pero no puede intervenir como parte, ni como juzgador dentro del proceso
4. Establecer como juez competente el juez de lo civil.

Con el proceso de liquidación forzosa administrativo previsto en nuestra legislación, es probable que al final de los procesos liquidatorios administrativos, el Estado termine asumiendo los costos de la recuperación de los valores adeudados por las entidades financieras extintas, como ha venido sucediendo en los últimos años.

Si bien la COSEDE cancela a los depositantes los valores de sus acreencias, existen asuntos de orden administrativo y judicial que atender, que significa inversión de recursos por parte del Estado. El liquidador necesita un equipo de trabajo administrativo y técnico contable, requiriendo contratar personal, abogados para la defensa judicial en materia penal y en algunos casos extrajudiciales, de pericias, los honorarios del liquidador, entre otros, son recursos financiados por el Estado, aunque se registran en una cuenta a nombre de terceros.

Transparentar y regular el proceso liquidatorio en vía judicial permitirá conocer las debilidades de la fase de control administrativo y corregir las mismas, y mejorar los procesos.

A su vez se podría sugerir una formación especializada de jueces en materia de liquidación o quiebra de entidades financieras, a fin de que los procesos con la voluminosa casuística con que se cuenta, se puedan ir analizando y buscando soluciones, tanto en la etapa de control preventivo como de ejecución de la liquidación.

Sin embargo, no deja de ser más eficiente el evitar a través de los mecanismos de control la quiebra de las entidades financieras, ya que el costo social y financiero de ejecutar estos procesos es oneroso para el país, incluyendo los bienes que no tienen precio como la vida.

Bibliografía

- Anderson, Arturth, *Diccionario Economía y Negocios*, Madrid: Editorial Espasa, 1997.
- Banco Central del Ecuador, *Informe de Gestión del cumplimiento de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999*, Oficio n.º BCE-GG-1159-2014, 5 de septiembre de 2014, 8.
- Barandiarán, Rafael, *Diccionario de términos financieros*, México: Trillas, 2000.
- Benalcázar, Juan Carlos, "El acto administrativo", en Oyarte Martínez, Rafael Coord., *Procesos Constitucionales en el Ecuador, La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos*, Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.
- Cabanellas, Guillermo *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 570 y 571.
- Carmigniani, Eduardo, *La junta bancaria*, párr. 1, 11 de mayo de 2007. <http://biblioteca.bce.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=72185>.
- Chiriboga Rosales, Alberto, *Diccionario Técnico Financiero ecuatoriano*, Quito: Alberto Chiriboga Rosales.
- De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario Bursátil, seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, grupos financieros*, México: Porrúa, Tomo II, 3ª ed., 2000.
- Delgado, Diego, *Atraco Bancario y Dolarización* Quito: Ediciones Gallo Rojo, 2000.
- Fernández Ajenjo, José Antonio, *El Control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, 1 ed. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- Gallardo Zavala, Jorge, *Crisis Financieras*, Quito: 2001, Impreseñal Cia.Ltda..
- García de Enterría, Eduardo Fernández. Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas, 1981.
- García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Pamplona: Aranzadi S.A., 2011.
- Greco, Orlando, *Diccionario de Finanzas*, Buenos Aires: Valleta, 2004.
- Grijalva, Agustín; Storini, Claudia, "La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción", en Andrade, Santiago, *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derecho e instituciones*, Quito: Universidad Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, Serie estudios jurídicos n.º 30, 2009
- Kabas de Mortarell, María Elisa "La banca de hoy, problemática y evolución"; en María Elisa Kabas, *Tratado de Derecho Bancario*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Larrea Holguín, Juan *Derecho Civil en el Ecuador*, Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000.
- Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 4ta ed., Edipack Gráfico., Madrid: 2012P. 271.
- Malem, Jorge; Orozco, Jesús; Vázquez, Rodolfo *La función judicial, ética y democracia*, Barcelona: GEDISA, S.A., 2003.

- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.
- Mesa Nieves, Luis Eduardo *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Mesa, Luis, *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Moiseeff, Marcos; Viviani, Jorge, “Nuevo Régimen legal de liquidación y quiebra de bancos”, en Carlos Gustavo Gerscovich Director *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.
- Muñoz Machado, Santiago, *Diccionario de Derecho Administrativo*, 1 ed. Madrid: Iustel, 2005.
- Noboa, Alejandro, *Recopilación de mensajes dirigidos por los Presidentes y Vicepresidentes de la República, Jefes Supremos y Gobiernos Provisorios, a las convenciones y congresos nacionales, tomo IV*, Guayaquil: 1907, Imp. El tiempo.
- Pareja Lozano, Carles, *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Madrid: 1995, Marcial Pons.
- Paz y Miño Cepeda, Juan, *La Crisis Bancaria de 1999: El Retorno de la “Plutocracia”*, párr. 1, 2. <http://www.historiaypresente.com/hyp/wp-content/uploads/2016/11/crisis-bancaria.pdf>.
- Pérez, Efraín, *Derecho Administrativo*, Quito: Corporación de estudios ESTATE, 2008.
- Roberto Dromi, *El Acto administrativo*, Buenos Aires: Ciudad, 1997.
- Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Salgado, Wilma, *La casa del jabonero*, Abya-Ayala, Quito, 2004.
- Secaira, Patricio *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito: Universitaria, 2004.
- Zarandearán, Rafael *Diccionario de términos financieros*, México: Trillas, 2000.
- Zavala Egas, Jorge, *Lecciones de derecho administrativo*, Guayaquil: Edilex, 2011.

Leyes, decretos y resoluciones

- Agencia de Garantía de Depósitos, Resolución n.º 153, 2008.
- Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Décima Disposición transitoria y Reformas. R.O. 306 de 22-oct.-2010.
- Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Quito; Suplemento de Registro Oficial n.º 332, 12 de septiembre de 2012.
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Quito; Registro Oficial n.º 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Decreto Ejecutivo n.º 202, Registro Oficial 109 de 15 de enero del 2010.
- Ecuador, Ley de Bancos del Ecuador, 1887.
- Ecuador, Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, Suplemento n.º 3 del Registro Oficial n.º 498 de 31 de diciembre de 2008.
- Ecuador, *Ley de reordenamiento en materia económica en el área tributario-financiera*, Quito: Registro Oficial Suplemento 78, 1 de diciembre de 1998.
- Ecuador, *Ley Orgánica Derogatoria a La Ley de Buros de Información Crediticia y Reformatoria a La Ley del Sistema Nacional del Registro De Datos Públicos, a La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario*, Suplemento R.O. No 843 de 3 de diciembre de 2012.

Ecuador, Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, Suplemento del Registro Oficial n.º 188, el 20 de febrero de 2014.

Ecuador, Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, Registro Oficial Suplemento n.º 986 de 18 de abril de 2017.

Ecuador, Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, Registro Oficial Suplemento n.º 986 de 18 de abril de 2017.

Ecuador: *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento n.º 180 de 10 de febrero de 2014.

Ecuador: *Ley de Ley Orgánica Derogatoria a La Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a La Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, y a La Ley de Compañías*, Registro Oficial Suplemento 843 de 03 de diciembre de 2012.

Ecuador: Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, Registro Oficial Suplemento n.º 986 de 18 de abril de 2017.

Ecuador; Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial No 332, de 12 de septiembre de 2014.

Junta Bancaria del Ecuador, *Resolución n.º JB-2009-1427* Quito: Registro Oficial n.º 51 del 21 de octubre de 2009.

Resoluciones de extinción de la vida jurídica de BANCOMEX S.A., POPULAR S.A. y PRESTAMOS S.A., Registro Oficial Nro. 139, de 27 de febrero del 2010