

Oficio N° 10669

Quito D.M., 20 de octubre de 2020

Señor doctor

Luis Benigno Gallegos Chiriboga

MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA

Ciudad.-

Señor Ministro:

Me refiero a su oficio No. MREMH-MREMH-2020-0722-OF de 19 de octubre de 2020, ingresado el mismo día en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado, mediante el cual usted consulta:

“¿De acuerdo con el régimen jurídico ecuatoriano el Banco Interamericano de Desarrollo constituye una institución financiera internacional?”.

1. Antecedentes

1.1 En el oficio que contesto expone usted que, con relación al requerimiento del representante del Ecuador ante el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante “BID”), señor Bernardo Acosta, el Secretario General de la Presidencia de la República, señor Nicolás Issa, por considerar que se trata de un tema de competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, lo ha transmitido a esa secretaría de Estado mediante oficio No. PR-SGPR-2020-2965-O de 16 de octubre de 2020.

1.2. El informe jurídico que se ha remitido adjunto a la consulta, contenido en memorando No. MREMH-CGAJ-2020-0264-M de 19 de octubre de 2020 cita, entre otros, los artículos 153, 308 y 309 de la Constitución de la República, 39, 62 numeral 26, 132, 159, 160, 178, 179, 181, 194 del Código Orgánico Monetario y Financiero, así como el Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, concluyendo que:

“1.2. El artículo 153 de la Constitución de la República, entre otros conceptos, hace referencia al de ‘instituciones financieras internacionales’ para determinar el alcance de la regulación. En tal ámbito, se busca determinar si el Banco Interamericano de Desarrollo constituye una institución financiera en el contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

(...)

22. *En este sentido, el Código Orgánico Monetario y Financiero publicado en el Suplemento del Registro Oficial 332, de 12 de septiembre de 2014, es el régimen general que regula la actividad financiera y sus participantes en el Ecuador.*

(...)

23. *Junto al sistema financiero nacional, integrado por el sector financiero público, el sector financiero privado y el sector financiero popular y solidario (Art. 160 del Código Orgánico Monetario y Financiero), el ordenamiento jurídico ecuatoriano autoriza a las entidades financieras extranjeras, 'constituir entidades financieras o establecer sucursales u oficinas de representación en el Ecuador que pasarán a formar parte de las entidades financieras en los términos reconocidos por la legislación vigente' (Art. 178 del Código Orgánico Monetario y Financiero). **Es decir, una entidad financiera constituida bajo un régimen jurídico distinto al ecuatoriano, puede ser considerada como institución financiera únicamente si ha establecido sucursales u oficinas de representación en el Ecuador en los términos de la legislación ecuatoriana.***

(...)

4.1. *En el Ecuador, el Código Orgánico Monetario y Financiero diferencia las instituciones financieras (nacionales o extranjeras) de los organismos internacionales en los que el Ecuador es partícipe o tiene alguna relación sujeta al derecho internacional. Así, por ejemplo:*

a.- *En el artículo 39 del Código Orgánico Monetario y Financiero, se otorga al Banco Central del Ecuador la representación del Estado en sus relaciones con los organismos monetarios internacionales y le autoriza a suscribir las aportaciones y adquirir las acciones y títulos valores de esas instituciones.*

b.- *El artículo 62, numeral 26, del Código Orgánico Monetario y Financiero le otorga a la Superintendencia de Bancos, la competencia de '[p]roporcionar los informes o certificaciones de cualquier entidad sujeta a su control, en orden a obtener préstamos de organismos internacionales para el desarrollo de programas económicos, a pedido de esos organismos o durante su vigencia, de conformidad con la regulación que establezca la Junta'.*

c.- *El artículo 132 del Código Monetario y Financiero, al referirse a los activos financieros del Banco Central señala, entre otras, las '[u]nidades de cuenta emitidas por organismos monetarios internacionales' o la '[p]osición de reserva con organismos internacionales'; y, en el caso de los pasivos externos, 'los créditos otorgados por los organismos internacionales'.*

4.2. *El Ecuador aprobó y ratificó el 22 de diciembre de 1959 el Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, cuyo depositario es la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, así como sus modificaciones. Así consta, en el Decreto Legislativo s/n, publicado en Registro Oficial 988, de 9 de*

diciembre de 1959; Decreto Ejecutivo No. 2052-B, publicado en Registro Oficial 532 de 30 de junio de 1965; y, Decreto Supremo No. 661, publicado en Registro Oficial 867 de 14 de agosto de 1975. El Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo es un instrumento internacional al que se encuentra sometido el Ecuador en sus relaciones de derecho internacional.

(...)

4.5. El Banco Interamericano de Desarrollo no realiza sus actividades en el Ecuador, sujeto a los requisitos señalados en los artículos 179 a 181 del Código Orgánico Monetario y Financiero, sino exclusivamente en razón del Convenio Constitutivo y del ‘Convenio sobre Privilegios e Inmunidades para el personal del Banco Interamericano de Desarrollo que presta servicios en la República del Ecuador’ suscrito en Washington, D.C, el 19 de julio de 1965, publicado en el Registro Oficial No. 554, de 30 de julio de 1965, por lo que, en términos del artículo 178 del Código Orgánico Monetario y Financiero no forma parte de las ‘instituciones financieras’ a las que se refiere la legislación ecuatoriana.

(...)

4.7. Finalmente, de conformidad con el Art. 159 del Código Orgánico Monetario y Financiero, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros están a cargo del catastro público que contiene (sic) entre otra información, la ‘[n]ómina de entidades autorizadas para ejercer actividades financieras de valores y de seguros’ en el Ecuador, de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es una consecuencia de cuanto se ha señalado que el Banco Interamericano de Desarrollo no conste entre las entidades financieras calificadas como tales de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Conclusión

De cuanto se ha expuesto, en mi criterio, el Banco Interamericano de Desarrollo no es una institución financiera internacional en los términos definidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente, en los artículos 178 y siguientes del Código Monetario y Financiero. El Banco Interamericano es, a semejanza de los organismos creados en Bretton Woods –el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento– una ‘organización interestatal’ u ‘organismo internacional’, y como tal sujeto de derecho internacional, creado por los Estados mediante un tratado constitutivo, en el que participa el Ecuador como Estado miembro bajo el derecho internacional, y, por tanto dicho Banco, no realiza las actividades financieras reguladas por el Código Orgánico Monetario y Financiero ecuatoriano” (lo resaltado me corresponde).

2. Análisis

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 237 de la CRE y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹, corresponde al Procurador absolver consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

La facultad para absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de normas constitucionales, que inicialmente constaba en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, fue declarada inconstitucional mediante sentencia No. 002-09-SAN-CC² de la Corte Constitucional.

En tal virtud, el presente pronunciamiento versará, exclusivamente, sobre las normas de rango infraconstitucional que desarrollan los conceptos enunciados en las normas constitucionales pertinentes.

2.1. Naturaleza jurídica del Banco Interamericano de Desarrollo a la luz del Derecho Internacional

El BID es una organización intergubernamental multilateral creada mediante Convenio Constitutivo³ en 1959, conformada por varios Estados miembros, entre ellos Ecuador, para alcanzar objetivos de política pública, como lo establece el mencionado convenio en su artículo 1, según el cual: *“El Banco tendrá por objeto contribuir a acelerar el proceso de desarrollo económico y social, individual y colectivo, de los países miembros regionales en vías de desarrollo”*.

Las principales funciones del BID, determinadas en la sección dos del artículo 1 de su Convenio Constitutivo, son las de promover la inversión de capitales públicos y privados para fines de desarrollo, financiar el desarrollo de los países miembros, estimular inversiones privadas y cooperar con los países miembros a orientar su política de desarrollo. En ese sentido, los países miembros aportan fondos para las operaciones del BID, sin que ese organismo realice captación de fondos del público o intermediación financiera en ninguno de los países miembros.

Según la doctrina más calificada del Derecho Internacional, las organizaciones internacionales son sujetos con personalidad propia, distinta de la de los Estados que las componen, y se relacionan con éstos a través del Derecho Internacional, no del derecho

¹ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

² Sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009.

³ Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, Decreto Legislativo s/n, publicado en el Registro Oficial 988, de 9 de diciembre de 1959..

interno de cada uno de ellos. Las organizaciones internacionales se caracterizan por tener: a) carácter interestatal, es decir, estar conformadas por Estados; b) carácter voluntario, es decir, ser creadas por medio de un tratado entre Estados; c) sistema permanente de órganos, que asegura su continuidad; d) voluntad autónoma, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros; y e) competencias propias en las materias expresa o implícitamente señaladas en el tratado constitutivo.⁴

Así, pues, en la medida que el BID se creó a través de un tratado, mediante la asociación de Estados, con el propósito y las funciones necesarias para ofrecer apoyo financiero y asistencia técnica a sus miembros, y fomentar el desarrollo económico y social, se trata por tanto de una organización internacional, regida por el Derecho Internacional.

2.2. Naturaleza del Banco Interamericano de Desarrollo a la luz del Derecho ecuatoriano

De otra parte, de acuerdo con el artículo 308 de la Constitución de la República del Ecuador⁵ (en adelante CRE), las actividades financieras son “*un servicio de orden público*” y solo se pueden ejercer “*previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley*”.

Debido a la calificación de las actividades financieras como servicio de orden público y para asegurar la independencia y objetividad del control al que están sujetas, el artículo 153 de la CRE prohíbe ser funcionarios de “instituciones financieras internacionales” acreedoras del país, a quienes hubieren concluido el desempeño de funciones públicas con rango de titulares de Ministerios de Estado o servidores públicos de nivel jerárquico superior.

El Código Orgánico Monetario y Financiero⁶ (en adelante COMF), en el cuarto inciso del artículo 8 de su Libro I establece, con la finalidad de evitar conflictos de interés, unas inhabilidades aplicables a los integrantes de los organismos de control de las instituciones financieras, quienes con posterioridad a la conclusión de sus funciones públicas quedan impedidos de prestar sus servicios en las entidades financieras controladas. Reza la mencionada disposición:

“Los miembros, servidores y funcionarios que formen parte de los organismos que realicen actividades de regulación, supervisión y control, estarán impedidos de prestar sus servicios en las entidades financieras privadas, de la economía popular y solidaria o en las entidades privadas de valores y seguros, que sean reguladas o controladas, según su caso, bajo cualquier modalidad contractual, y de intervenir

⁴ Ver, por ejemplo, José A. Pastor Ridruejo, Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Tecnos, 2000, págs. 658-660.

⁵ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶ COMF, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

o gestionar directa o indirectamente ante estos órganos, en beneficio de tales entidades reguladas y controladas hasta después de dos (2) años de terminar sus funciones, sin perjuicio de las limitaciones que el artículo 153 de la Constitución determina. La infracción a este impedimento constituirá infracción grave por parte de la entidad regulada o controlada, que se sancionará conforme a la Sección 11 del Capítulo 3 de este Código, al artículo 208 de la Ley de Mercado de Valores o al artículo 40 de la Ley General de Seguros, según corresponda de acuerdo con la naturaleza de la entidad infractora. Esta prohibición aplica exclusivamente para el caso de las entidades reguladas, controladas o supervisadas conforme al ámbito de este Código. Los trabajadores sujetos al Código del Trabajo de los organismos de regulación, supervisión o control no están sujetos a esta prohibición”.

Las normas del COMF regulan las actividades de las entidades que integran el sistema financiero nacional, que, según su artículo 160, está conformado por el sector financiero público (bancos y corporaciones), el sector financiero privado (bancos múltiples y especializados, nacionales y extranjeros), el sector financiero popular y solidario (cooperativas, cajas centrales, etc.) y las sociedades subsidiarias o afiliadas de las entidades financieras domiciliadas en el Ecuador, que operan en el territorio ecuatoriano; y su artículo 194 detalla las operaciones que dichas entidades pueden realizar, con autorización del respectivo organismo de control, al que corresponde organizar y mantener un catastro público, permanentemente actualizado, en el que deben constar las entidades autorizadas a realizar actividades financieras, según prevé el artículo 159 del COMF.

El COMF contiene también normas que permiten que, previa autorización del organismo de control, se autorice la participación de las instituciones financieras extranjeras en el Ecuador así como la participación nacional en el extranjero, según se aprecia del tenor del artículo 185 del Código Monetario, que dispone:

“Art. 185.- Autorización. Cumplidas las condiciones señaladas en esta sección, el organismo de control podrá expedir la correspondiente resolución mediante la cual autoriza tanto la participación extranjera en el Ecuador como la participación nacional en el extranjero.

La entidad financiera pública o privada deberá notificar de forma inmediata al organismo de control respecto de cualquier cambio relacionado con la participación autorizada” (lo resaltado me corresponde).

En ese contexto, el artículo 143 del Libro I del COMF define a la “actividad financiera” de la siguiente forma:

“Art. 143.- Actividad financiera. Para efectos de este Código, actividad financiera es el conjunto de operaciones y servicios que se efectúan entre oferentes, demandantes y usuarios, **para facilitar la circulación de dinero y realizar intermediación financiera**; tienen entre sus finalidades preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras son un servicio de orden público, **reguladas y controladas por el Estado, que pueden ser prestadas por las entidades que conforman el sistema financiero nacional, previa autorización de los organismos de control**, en el marco de la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera” (lo resaltado me corresponde).

De acuerdo con los artículos 361 y 389 del COMF, las entidades del sector financiero público se crean mediante Decreto Ejecutivo, mientras que las del sector privado se constituyen como sociedades anónimas.

Respecto de la inversión extranjera, el artículo 178 del COMF establece que las personas naturales o jurídicas extranjeras y las entidades financieras extranjeras podrán constituir entidades financieras o establecer sucursales u oficinas de representación en el Ecuador, que *“pasarán a formar parte de las entidades financieras en los términos reconocidos por la legislación vigente”*. Agrega dicha norma que la entidad financiera extranjera responderá solidariamente por las obligaciones contraídas por la sucursal u oficina de representación establecida en el Ecuador.

Las sucursales y oficinas de las entidades financieras extranjeras, según el artículo 179 del COMF, requieren autorización previa de los organismos de control nacionales y, en el caso de sucursales, deben domiciliarse en el Ecuador, quedando sujetas a las regulaciones que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera; mientras que las actividades de las oficinas de representación se limitan a ofrecer información a sus clientes y pueden ser autorizadas para efectuar, exclusivamente, las operaciones señaladas en el artículo 194 numeral 1 literal a) numerales 1 y 3 de ese Código.

En conclusión, conforme al análisis de las disposiciones del COMF, el BID no es una institución financiera extranjera sino una organización (u organismo) internacional o una organización (u organismo) multilateral, según consta, adicionalmente, en la parte considerativa del Convenio para su personal, celebrado entre Ecuador y el BID, que expresa: *“el Banco Interamericano de Desarrollo es un **organismo internacional** dedicado a contribuir al desarrollo económico y social de los países de América Latina”*⁷ (lo resaltado me corresponde).

⁷ Convenio para Personal del Banco Interamericano de Desarrollo, publicado en el Registro Oficial No. 554 de 30 de julio de 1965.

Toda vez que las actividades del BID se sujetan a su Convenio Constitutivo, que es una norma de Derecho Internacional, no son aplicables a dicha organización internacional las disposiciones de la legislación ecuatoriana aplicables a las instituciones financieras. Es necesario recalcar que el artículo 179 del COMF condiciona a las instituciones financieras extranjeras a obtener autorización previa de los organismos de control nacionales, en este caso la Superintendencia de Bancos, para realizar las actividades de intermediación financiera; autorización que el BID no tiene necesidad de obtener por no realizar actividades financieras en la forma conceptualizada y regulada por el Derecho interno del Ecuador.

3. Pronunciamiento

Del análisis efectuado, en atención a los términos de su consulta se concluye que el BID es una organización internacional, regida, para el cumplimiento de sus objetivos y actividades, por el Derecho Internacional y no por el Derecho interno ecuatoriano. Por lo tanto, a los efectos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no puede ser considerada como una institución financiera pues no realiza en el Ecuador ninguna actividad de las previstas en el artículo 143 del COMF; ni su operación está sometida a autorización administrativa alguna del Estado ecuatoriano, a través del competente organismo de control, de conformidad con el régimen del sistema financiero previsto en el COMF, específicamente, sus artículos 178 y 179.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Firmado
digitalmente por
IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR CRESPO

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO