

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

Alcance de las competencias de la Superintendencia de Bancos respecto a las reclamaciones presentadas contra Instituciones del Sistema Financiero Privado y su impugnación ante el Contencioso Administrativo.

Abg. María José Araujo Álvarez

Máster en Derecho Administrativo

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de
Máster en Derecho Administrativo

Quito, 11 de noviembre de 2016

Universidad San Francisco de Quito**Colegio de Posgrados****HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

Alcance de las competencias de la Superintendencia de Bancos respecto a las reclamaciones presentadas contra Instituciones del Sistema Financiero Privado y su impugnación ante el Contencioso Administrativo.

Abg. María José Araujo Álvarez

Juan Pablo Aguilar Andrade
Doctor en Jurisprudencia,
Máster en Derecho Administrativo
Director de Trabajo de Titulación

.....

Nombre, título académico
Miembro del Comité de Trabajo de
Titulación

.....

Nombre, título académico
Miembro del Comité de Trabajo de
Titulación

.....

Nombre, título académico
Miembro del Comité de Trabajo de
Titulación

.....

Nombre, título académico
Director de la Maestría en..

.....

Nombre, título académico
Decano del Colegio de...

.....

Quito, junio del 2016

Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:

Nombres y apellidos:

María José Araujo Álvarez

Código:

00123694

Cédula de Identidad:

1717128290

Lugar y fecha:

Quito, 11 de noviembre de 2016

Dedicatoria

Porque cada uno de mis logros va dedicado a la persona más importante en mi vida, a mi hermana Ana Belén!

Por los sueños que tenemos, por las metas que cada día nos ponemos; esta meta alcanzada no es solo mía, es también tuya, porque paso a paso nos acercamos a lo que siempre anhelamos.

Porque los sueños compartidos, siempre son más grandes.

Agradecimientos

A mis padres por todo el apoyo brindado durante este tiempo, por haber compartido conmigo un logro más dentro de las decisiones que voy tomando a lo largo de mi vida.

A Juan Pablo Aguilar por compartir sus conocimientos en lo que respecta al ámbito administrativo financiero y bancario, y permitirme estructurar este trabajo, bajo su guía.

A cada uno de los colegas y docentes que han elegido transmitir sus conocimientos y han ayudado al crecimiento profesional de muchos soñadores.

A todos mis amigos del MDA, por haber hecho de esta experiencia, algo enriquecedor; por compartir conmigo sus conocimientos y porque cada uno ha aportado a mi crecimiento personal y profesional.

A Pablo Cadena por insistir en que esta Maestría era para mí, y a Ximena Espinosa por el apoyo y creer en mi crecimiento dentro de BP. Los mejores jefes.

Resumen

Las instituciones del sector público por mandato constitucional pueden obrar conforme a lo que las leyes expresamente les facultan, sin sobrepasar las competencias y potestades que taxativamente se les ha conferido. Sin embargo, en la práctica, las instituciones públicas exceden a las potestades conferidas de manera expresa en el ejercicio de sus funciones lo que genera una aplicación exorbitante de sus poderes.

El régimen exorbitante de la Superintendencia de Bancos se ha procurado interpretar bajo el marco de las potestades implícitas, potestades que si bien no están expresamente tipificadas, son actuaciones realizadas en aras de las competencias señaladas expresamente, lo que le faculta para intervenir en reclamaciones de carácter privado; sin embargo, y tomando en cuenta que la Superintendencia de Bancas, en virtud de esta intervención debe dictar resoluciones de carácter administrativo, lo ha hecho excediendo a sus competencias y a sus propias potestades implícitas, generándose una posterior impugnación de las mismas ante el Contencioso Administrativo.

Palabras clave: Superintendencia, Bancos, Competencia, implícitas, exorbitantes

Abstract

The public sector institutions under the Constitution may act according to what the laws expressly authorize them without going beyond the jurisdiction and powers which are conferred on them exhaustively. However, in the practice, public institutions exceed those powers expressly vested in the exercise of their functions which generates an exorbitant application of its powers.

The exorbitant rate of the Superintendence of Banks has sought to interpret within the framework of implied powers, powers that although they are not specifically established, are actions taken in the interests of the powers expressly mentioned, which empowers it to intervene in claims of character private; however, and considering that the Superintendence of banks, under this intervention should take decisions of an administrative nature, it has done exceeding its powers and its own implicit powers, generating a further challenge them before the Administrative.

Key Word: Superintendence, Banks, Competency, implicit, overrated

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	9
1. La Superintendencia de Bancos	11
1.1 Creación y evolución	11
1.2 Actualidad	14
1.3 Legislación Aplicable	17
1.3.1 Constitución de la República del Ecuador	17
1.3.2 Código Orgánico Monetario y Financiero	20
1.3.3 Otras normativas aplicables	24
1.3.4 Interpretación de la normativa aplicable	29
2. Actuación de la Superintendencia de Bancos en el marco de la legislación	33
2.1 Competencias	35
2.2 Potestades	39
2.2.1 Tipos de Potestades	41
2.2.2 Alcance de sus potestades	46
3. Impugnación ante el Contencioso Administrativo	53
3.1 Falta de Competencia	54
3.2 Falta de motivación y determinación de responsabilidades	57
4. Conclusiones y Recomendaciones	63

Introducción

En el presente estudio se pretende dilucidar, a través del análisis de la normativa aplicable para el ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Bancos, si su obrar con respecto a las reclamaciones suscitadas entre instituciones financieras y los usuarios financieros es legítimo.

Por consiguiente, se iniciará el presente trabajo, con una breve explicación histórica de la creación y desenvolvimiento a lo largo del tiempo de la Superintendencia de Bancos como ente regulador de los bancos en un inicio, y de todas las instituciones financieras actualmente; además de estudiar la normativa que directa e indirectamente regula la actividad de la Superintendencia de Bancos, así como la normativa que faculta su interacción con las instituciones que regula, y su actuación directa en las reclamaciones administrativas entre usuarios financieros e instituciones financieras.

Es fundamental es el presente estudio, comprender cuales son las competencias y potestades de la Superintendencia de Bancos, con la finalidad de comprender desde que momento, esta puede ser parte de un proceso que en un principio se desenvuelve en el ámbito netamente privado, y que sin embargo, llega a tener un carácter administrativo por su intervención. En este contexto, es importante tener en cuenta las potestades conferidas legalmente y el obrar que por consiguiente puede llegar a tener, tomando en cuenta la diversidad de potestades que doctrinariamente existen. En consecuencia, se debe determinar a qué tipo de potestades se apegan las actuaciones derivadas de la interacción como interventor en las reclamaciones entre usuarios-instituciones financieras, y entender si su actuación ha sido legítima o no con respecto al tipo de resoluciones que para estos casos se han venido dictando.

Con respecto a ello, si bien su intervención es legítima, es importante el análisis de la actuación máxima y mínima de la Superintendencia en este tipo de controversias que se pueden suscitar, determinado que tipo de resoluciones son las que puede dictar, en que sentido y cuál es el tipo de intervencionismo que puede tener.

Finalmente, es virtud del análisis de las potestades y competencias de este órgano regulador, determinando una falta de competencia y obrando en aras de un régimen exorbitante auto conferido por la propia administración en perjuicio de los entes regulados por la Superintendencia, es de principal importancia abarcar el tema de las impugnaciones de las resoluciones administrativas dictadas por la Superintendencia ante

el Contencioso Administrativo, contemplando la inconstitucionalidad de las disposiciones que estas resoluciones contienen, disposiciones que generan un perjuicio subjetivo-patrimonial directo a una de las partes, y que esto de ningún modo puede ser resuelto por un órgano que tiene competencias de supervisión y control, y no jurisdiccionales.

Problema Jurídico

¿Existe alguna potestad que le permita a la Superintendencia de Bancos tener la facultad de intervenir de manera activa en las controversias suscitadas de las relaciones contractuales existentes entre una Institución del Sistema Financiero Privado y sus clientes?

Hipótesis

Las Instituciones que conforman la Administración Pública, limitan su ejercicio a las competencias y potestades establecidas taxativamente en la Constitución y las leyes; las potestades implícitas no pueden ser objeto de aplicación como potestad concreta para la Administración Pública y la Superintendencia de Bancos, en el caso concreto, y menos en el caso que se suscite la afectación de derechos subjetivos de una persona.

CAPÍTULO 1

La Superintendencia de Bancos

1.1 CREACIÓN Y EVOLUCIÓN

Tras la independencia del Ecuador en 1830, y con la finalidad de tener una creciente economía, el país se enfocó en la acuñación de dinero y plata. De manera progresiva el Ecuador fue teniendo un crecimiento económico al igual que político, lo que lo llevó a la creación de normativa e instituciones públicas con la finalidad de regular las actividades que se suscitaban en el país y que cada vez iban siendo más numerosas.

En esta época, y como uno de los principales acontecimientos fue la creación de los Bancos emisores de moneda así como el consiguiente manejo y control de las actividades bancarias; esto llevó al legislativo de nuestro país a promulgar una Ley de Bancos, tendiente a regular estas actividades. A medida que la actividad bancaria iba creciendo, se iba haciendo más imperiosa la necesidad del Estado de regular este mercado, de manera que en 1914 “se nombró una autoridad de supervisión de los bancos (...) cuando se creó el cargo de Comisario Fiscal de Bancos. Su misión era vigilar la emisión y cancelación de los billetes de bancos.”¹.

a raíz de su independencia El Ecuador comenzó un proceso de surgimiento y de creación de su propio Estado y política. Es así que tras el continuo reconocimiento que estaba teniendo el profesor y economista estadounidense, Edwin Walter Kemmerer en Latinoamérica, principalmente en lo relativo a la fundación de bancos, llamó la atención del Ecuador, buscando que el Estado tenga políticas monetarias estables encaminadas al crecimiento nacional del país. Esta reestructuración del país, constituyó uno de los propósitos fundamentales planteados por el Presidente Isidro Ayora. De este modo, y dentro del análisis efectuado por Kemmerer en relación a la actualidad que estaba viviendo en esos momentos el país (1926), se analizaron temas tales como la remodelación de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales principalmente.²

¹Superintendencia de Bancos y Seguros. *Reseña Histórica*. 2014.
http://www.sbs.gob.ec/practg/sbs_index?vp_art_id=1936&vp_tip=2 (acceso: 07/10/2014).

²Merino Sarango William Giovanni. *Metodología de aplicación de un sistema de control y supervisión bancaria sobre la información financiera de las entidades en liquidación forzosa bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros*. Tesis previa a la obtención del título de ingeniero comercial con especialización en contabilidad y auditoría. Universidad Politécnica Salesiana Sede Quito. Quito. En: <http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/4374/1/UPS-QT01825.pdf>. 2010. (acceso: 08/11/2014).

La Superintendencia de Bancos fue creada en el gobierno de Isidro Ayora, con la entonces vigente Constitución de 1906, en el año 1927. En la mencionada Constitución, ya se señalaba de manera distintiva la supremacía de la Constitución en relación de otros cuerpos normativos, tales como leyes, decretos, reglamentos, órdenes, etc. De igual forma, y taxativamente, ya refería lo que se constituía como el proceso de formación de leyes en general presidido por el Poder Legislativo y el Congreso Nacional en aquella época; del mismo modo, la Constitución de 1906, en la Disposición Transitoria Primera, textualmente mencionaba que “La Asamblea Constituyente, aún después de promulgada esta Constitución, puede dar las leyes, decretos y resoluciones que juzgue necesarios y ejercer todas las demás atribuciones del Congreso.”³

Centrándonos en lo relativo a la reorganización bancaria, y en lo relativo a la insurgencia de la

Ley General de Bancos se puso de relieve la necesidad de que se procure una organización general de todo el sistema bancario que se adapte a las necesidades de los negocios y de la industria del país. Al mismo tiempo se estableció la urgencia de formular esta ley en vista de la insuficiencia de la legislación bancaria de 1899, vigente hasta 1927, que regulaba únicamente las actividades de los bancos de emisión [...]”⁴.

En consecuencia, la misión Kemmerer, propuso que el Ministerio de Hacienda debía crear un Departamento Bancario que estuviera encargado de la ejecución de leyes, que tendría como encargado al Superintendente de Bancos.

“La Ley General de Bancos introdujo regulaciones encaminadas a garantizar la solvencia y liquidez de las instituciones financieras; al mismo tiempo estableció un mecanismo de control e inspección como la Superintendencia (...)”⁵, cuyo propósito sería el de control del buen funcionamiento de los bancos y que su cumplimiento este apegado a la legislación vigente, como a las normativas dictadas por el Banco Central. Es a partir de la promulgación de esta ley, que surge la Superintendencia de Bancos como Organismo regulador de las actividades financieras y bancarias.

Tomando en cuenta lo que disponía la Constitución de 1906, se puede definir que la Ley de Bancos siguió el proceso legislativo respectivo para su promulgación, y por ende la Superintendencia de Bancos como órgano regulador de las actividades bancarias, fue de la misma forma creada, cumpliendo los preceptos constitucionales fundamentales.

³Constitución del Ecuador de 1906. Disposición Transitoria Primera. Registro Oficial No. 262 del 24 de diciembre de 1906.

⁴Capítulo 2, *La misión Kemmerer y la restauración económica*. 18 de septiembre del 2014, p. 54. www.flacsoandes.edu.ec, (acceso:15/11/2014).

⁵*Id.*, p. 55.

De esto se colige que la creación del Organismo de Control regulador de las actividades bancarias hasta hoy en día, fue instituida conforme las reglas de un Estado Constitucional de Derecho.

La misión Kemmerer transformó a cabalidad el sector bancario y financiero expidiendo varias leyes, entre las que destacan la Ley Orgánica de Bancos, la Ley Orgánica del Banco Hipotecario (Banco Nacional de Fomento) y la Ley Orgánica del Banco Central, que ratificaron el crecimiento del sistema financiero del país.

El Organismo de Control regulador de la actividad de los bancos privados del Ecuador, la Superintendencia de Bancos, fue creado en el año 1927, con el gobierno de Isidro Ayora, momento en que se encontraba vigente la Constitución de 1906. Fue apenas en la Constitución de 1945 cuando se positivó de manera individual y específica, la función principal que desempeñaba la Superintendencia de Bancos.⁶

En la Constitución de 1946 se le dio la característica de “organismo técnico y autónomo”, otorgándole mayor protagonismo como ente regulador dentro del sistema financiero y bancario. De manera específica en el artículo 151 de la referida Constitución de 1946, publicada en el Registro Oficial No. 773 del 31 de diciembre de 1946, señala lo siguiente:

Para vigilar el funcionamiento de las Instituciones de crédito bancario funcionará la Superintendencia de Bancos, organismo técnico y autónomo, dirigido por el Superintendente designado por el Congreso Pleno. La Superintendencia de Bancos llevará también el control de las Compañías de Seguro, de las Compañías de Capitalización, de las de Crédito Recíproco.⁷

Con lo referido por la Constitución de 1946, y pese a que este organismo ya tenía cerca de 20 años de creación desde la misión Kemmerer, cada vez abarcaba más protagonismo al regular distintas actividades, siendo la más importante la actividad bancaria que es continuamente creciente; y, tomando en cuenta que prestan un servicio que es demandado por la población, ha sido y es indispensable su control con la finalidad de salvaguardar los fondos públicos.

A raíz de entonces, la Superintendencia de Bancos ha sido una institución pública que, en virtud de la existencia de un sistema bancario creciente y cada vez con mayor

⁶Merino Sarango William Giovanni. *Metodología de aplicación de un sistema de control y supervisión bancaria sobre la información financiera de las entidades en liquidación forzosa bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros*. Tesis previa a la obtención del título de ingeniero comercial con especialización en contabilidad y auditoría. Universidad Politécnica Salesiana Sede Quito. Quito. En:

<http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/4374/1/UPS-QT01825.pdf>. 2010. (acceso: 08/11/2014).

⁷Constitución del Ecuador de 1946. Artículo 151. Registro Oficial No. 773 del 31 de diciembre de 1946.

poder económico en el país, los legisladores y el ejecutivo han visto de fundamental importancia su positivización en las Constituciones de la República con la finalidad de atribuir y delimitar sus funciones y que las mismas estén encaminadas a proporcionar un orden en el manejo y distribución de bienes monetarios en el país; así como de la tutela y resguardo de los fondos públicos, garantizando los derechos tanto de los usuarios financieros como de los entes regulados, los bancos.

Cabe resaltar el hecho de que este Organismo de Control fue creado con el propósito de dar seguimiento y control a las actividades que las instituciones financieras brindaban, y que éstas actividades se enmarquen en los parámetros regulatorios que este órgano establecía; durante todo su proceso de creación y evolución, la Superintendencia ha obrado en aras de sus competencias de control, regulación y auditoría, sin habersele conferido jamás, potestades tales como las de resolver conflictos entre sus regulados y los usuarios financieros. Es necesario recalcar el hecho de que desde sus comienzos la Superintendencia de Bancos no se ha inmiscuido en controversias judiciales, y tampoco ha formado parte de la Función Judicial, tomando la referencia del esquema tripartito de división de poderes del Estado de Montesquieu.

1.2 ACTUALIDAD

A raíz de la denominación dada como organismo técnico y autónomo, Antonio Abruña Puyol dice que

la noción de organizaciones con poder público integradas con autonomía en una persona jurídica superior, como primeros elementos que integran el concepto de Administración Pública, se puede predicar también de cada uno de los poderes clásicos: no sólo del Ejecutivo, sino también del Legislativo, o del Judicial.

Todos ellos son organizaciones integradas con autonomía en la persona jurídica Estado e, incluso, esto se puede afirmar con respecto de otros órganos autónomos que ha construido el constitucionalismo moderno.⁸

Lo que se denomina como constitucionalismo moderno, en el Ecuador llevó a que se creen, no únicamente órganos autónomos regulatorios, sino además la función electoral y la de transparencia y control social; esta última aquella en la que se ha delimitado el funcionamiento de la Superintendencia de Bancos desde el 2008.

El crecimiento y los cambios políticos, generan también cambios en la organización de la Administración Pública. Es así que con la promulgación de la Constitución del 2008, además de mantener la división de poderes clásica, se creó la Función Electoral y

⁸Abruña Puyol Antonio. *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano* Lima: Palestra Editores, 2010, p. 99.

la de Transparencia y Control Social. Dentro de esta última se encuentra delimitada la Superintendencia de Bancos, entidad que, como se menciona en el artículo 204 de la vigente Constitución de la República, tendrá personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

La normativa suprema que regula el funcionamiento de las Superintendencias, entre aquellas la de Bancos, actualmente es la Constitución de la República del 2008, misma que, de manera general en su artículo 213 establece sus características y funcionamiento; se caracterizan por ser organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales.

Sin embargo, de las características generales que establece la Constitución para las Superintendencias, el vigente Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014, establece de manera taxativa las funciones de la Superintendencia de Bancos. Ley orgánica que se apega a lo señalado en la Constitución respecto a la naturaleza y finalidad de este Organismo de Control.

Es entonces a partir de su creación, que la Superintendencia de Bancos se ha consolidado como un ente regulador fuerte, y con el pasar de los años se ha involucrado incluso de manera activa en las reclamaciones de clientes con la finalidad de salvaguardar los derechos de las personas como usuarios financieros, a obtener servicios óptimos y eficientes y que los mismos no sean proporcionados de manera engañosa. Enmarcándose a su vez, en una esfera en la que el ámbito de creación de la institución como tal, su futura constitucionalización, y reformas a las leyes que regulan su funcionamiento social, han sido siempre conforme a derecho, garantizando el debido proceso de creación y reforma legislativa. Es por esto, que se podría considerar que la Superintendencia de Bancos sí ha estado desempeñándose desde sus inicios, dentro de lo que se conforma como el Estado Constitucional.

Finalmente, es oportuno considerar que a lo largo de los años y con el desarrollo social, económico y político del país, la Superintendencia ha tenido mayor o menor protagonismo, caracterizándose actualmente por ser un Organismo de Control estricto, el cual prepondera los derechos y garantías de los usuarios bancarios.

Creo que es importante resaltar la eficaz labor durante los últimos años por parte de la Superintendencia de Bancos, ya que su labor ha estado encaminada y afincada conforme los principios fundamentales del derecho; y, al ser el Ecuador un país constitucionalista y garantista, ha volcado sus esfuerzos al control de las instituciones

del sistema financiero bancario, con la finalidad de salvaguardar los intereses particulares de quienes se conforman como usuarios de este sector, y que este control a su vez se enfoque en la custodia y cuidado de los depósitos de todos los usuarios

Actualmente la Superintendencia de Bancos, ha venido teniendo más protagonismo y siendo reconocida como una entidad sumamente clientelar y reguladora; es así que los objetivos institucionales que mantiene desde la perspectiva de los usuarios del sistema financiero nacional son “Contribuir a la estabilidad y transparencia de los sectores controlados y precautelar y promover los derechos e intereses de los actores sociales.”⁹ Es claro lo que ya se mencionó, que esta Institución tiene un enfoque de control inclinado netamente a los clientes, sin embargo también ofrece un objetivo institucional enfocado a la perspectiva financiera, sosteniendo que su finalidad es “asegurar el financiamiento de las operaciones de la SBS para un eficiente y efectivo control de las entidades supervisadas.”¹⁰

Por lo expuesto, si bien es claro que la Superintendencia regula fundamentalmente las actividades de las instituciones del sistema financiero nacional, su participación se encamina únicamente a que estas brinden un servicio que esté de acuerdo a las exigencias del público, garantizando los derechos individuales de las personas, y sin salvaguardar de ninguna forma los derechos que como personas jurídicas tienen las instituciones financieras como tal.

Lo anterior es incluso ratificado al revisar la misión que se plantea este organismo de control en cuento a sus labores, sosteniendo que deben

Velar por la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez de los sistemas financieros, de seguros privados y de seguridad social, mediante un eficiente y eficaz proceso de regulación y supervisión para proteger los intereses del público y contribuir al fortalecimiento del sistema económico social, solidario y sostenible.¹¹

Sin embargo de lo señalado, ¿Por qué se obvian los intereses que poseen también las instituciones del sistema financiero? ¿Acaso como empresas, las mismas siempre deben responder favorablemente ante las reclamaciones de sus clientes? Considero en este sentido, que la posición en la que se enmarca la Superintendencia es bastante sesgada, considerando que dadas las actividades que presten los bancos y sus instituciones reguladas, debido al volumen, las circunstancias sociales y de seguridad

⁹Superintendencia de Bancos y Seguros, *Reseña Histórica*, 2015.
http://www.sbs.gob.ec/practg/sbs_index?vp_art_id=471&vp_tip(acceso: 10/10/2014).

¹⁰*Op. cit.*

¹¹*Op. cit.*

que atentan diariamente a la población, no necesariamente lo que se suscite en el día a día de un usuario financiero estarán apegados a prácticas lícitas, por lo que el enfoque de control de este organismo debería ser más objetivo, sin regirse a salvaguardar únicamente los intereses de una de las partes, considerando además que como particulares, los usuarios financieros gozan de muchas más garantías y salvaguardias en todos los niveles de regulación y control, además de judiciales, lo que se contraponen sobremedida a todos los intereses de las instituciones bancarias, que diariamente velan por ofrecer un mayor y mejor servicio a cada uno de sus clientes.

1.3 LEGISLACIÓN NACIONAL

1.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008

Con el pasar de los años, la creación de instituciones para el control de un Estado moderno ha sido inminente. Pero por el lado de considerar a la Superintendencia como un Organismo relativamente “viejo”, con casi 100 años de existencia desde su creación, su finalidad, atribuciones y funcionamiento se ha ido consolidando y ratificando en la cotidianeidad de las actividades del Ecuador actual. Su constitucionalización se ha arraigado al punto de establecerse en la Constitución actual, así como en la ley principal que regula su funcionamiento (hasta el 11 de septiembre del 2014 la Ley de Instituciones Financieras; a partir del 12 de septiembre del 2014 el Código Orgánico Monetario y Financiero, legislación que analizaremos más adelante), las mismas atribuciones y enfoque. De este modo, y avalando que en la Constitución del 2008, es una Constitución garantista y que en lo principal protege los derechos de los ciudadanos, el funcionamiento de la Superintendencia de Bancos se encamina hacia la protección de los derechos colectivos de la población en virtud de la prestación de servicios bancarios; los mismos deben ser conforme a derecho, garantizando el buen manejo de los bienes y depósitos entregados por las personas para su custodia.

Como primer punto de análisis con respecto a lo que se establece en la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008 en relación a la naturaleza y funciones ejercidas de manera concreta dentro de la función de transparencia y control social, aquella en la que se enmarca el funcionamiento de las superintendencias, se debe destacar lo señalado en el artículo 204 de la Carta Magna, que señala que

[...] La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por [...] las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.¹²

Tomando en cuenta que la Superintendencia de Bancos regula a las Instituciones del Sistema Financiero, y que su principal actividad está enfocada a satisfacer un interés público, es claro que sus actuaciones deben estar plenamente reguladas, con la necesidad de salvaguardar tanto los intereses particulares como colectivos de ambas partes; esto no debería enmarcarse en prácticas discriminatorias o que segreguen a una de las partes, lo que en la práctica muchas veces sucede.

En el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, se establecen parámetros de regulación en relación a las Superintendencias de manera general:

Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley [...].¹³

En virtud de las competencias especificadas en el artículo 213 referente a la SB, cabe mencionar que según lo dispone el artículo 167 de la vigente Constitución Política, la potestad de administrar justicia se ejerce por los órganos de la Función Judicial, potestades que no ha sido delimitada dentro de las ya señaladas concretamente para el ejercicio de la Superintendencia.

Adicionalmente a lo expuesto, es importante citar lo dispuesto en el artículo 226 de la vigente Constitución Política en el sentido de que “las instituciones del estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”¹⁴

¹²Constitución del Ecuador de 2008. Artículo 204. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

¹³*Id.*, Artículo 213.

¹⁴*Id.*, Artículo 226.

La Constitución vigente, y en virtud de lo estipulado en el precitado artículo, no delimita de manera concreta el accionar de la Superintendencia de Bancos, y únicamente hace hincapié de manera muy general a la actuación de todas las superintendencias en nuestro país. Lo que si queda claro y apegado incluso a lo que ha sido la SB desde su creación hasta lo que es actualmente, es que es un organismo de control enfocado a la vigilancia, intervención y control de las actividades, para este caso concreto de las instituciones financieras, procurando su correcto funcionamiento hacia el interior de las mismas, así como de manera general en cuanto al servicio que ofrecen al público, y que a su vez estas regulaciones se apeguen a lo que su normativa especial señala en cuanto a su funcionamiento y actuación general; en consecuencia, cabe hacer hincapié en el hecho de que la SB se constituye como un organismo de control de carácter administrativo, en base a lo que la propia Constitución menciona, y en base a las competencias que esta le ha conferido, descartando la facultad de poder ejercer poderes jurisdiccionales frente a sus regulados.

1.3.2 CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO

El Código Orgánico Monetario y Financiero fue expedido suplantando lo que hasta el 11 de septiembre del 2014 reguló la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, englobando y regulando temas de interés financiero con un enfoque mucho más amplio.

El Código Orgánico Monetario y Financiero, ley específica y especializada que delimita el funcionamiento de la Superintendencia de Bancos así como el desempeño de las funciones de instituciones bancarias públicas y privadas, fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 332 del 12 de septiembre del 2014, el cual en su artículo 59 menciona lo siguiente:

La Superintendencia de Bancos es un organismo técnico de derecho público, con personalidad jurídica, parte de la Función de Transparencia y Control Social, con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, cuya organización y funciones están determinadas en la Constitución de la República y la ley.¹⁵

Y el artículo 60 del mismo cuerpo legal señala que

La Superintendencia de Bancos efectuará la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional, con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.¹⁶

¹⁵Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 59. Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014.

¹⁶*Id.*, Artículo 60.

Es claro con lo señalado, que la Constitución no es el instrumento normativo regulador de las actividades de la Superintendencia de Bancos, ya que tomando en cuenta lo anteriormente señalado, la Constitución únicamente se limita a dar lineamientos generales, mientras que la Superintendencia de Bancos tiene una ley especializada la cual constituye su medio de actuación primordial, siempre que sea conforme a derecho y sin violentar los derechos y garantías constitucionales. Por ende, se evidencia una similitud a las disposiciones formadas en ambas normativas pese a que una sea de carácter general y la otra específica; sin embargo, la norma específica se ve siempre enmarcada en lo que la propia Constitución ya delimita e insta para el funcionamiento de un determinado Organismo de Control.

Por su parte, el Código Orgánico Monetario y Financiero, enumera taxativamente, una a una las funciones que puede y debe desempeñar la Superintendencia de Bancos, por lo que es pertinente citar a cabalidad lo señalado en el artículo 62 del precitado cuerpo normativo:

La Superintendencia de Bancos tiene las siguientes funciones:

1. Ejercer la vigilancia, auditoría, control y supervisión del cumplimiento de las disposiciones de este Código y de las regulaciones dictadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en lo que corresponde a las actividades financieras ejercidas por las entidades que conforman los sectores financieros público y privado;
2. Autorizar la organización, terminación y liquidación de las entidades que conforman el Sector Financiero Público;
3. Autorizar la constitución, denominación, organización y liquidación de las entidades que conforman el Sector Financiero Privado;
4. Autorizar las actividades de las entidades que conforman los sectores financieros público y privado;
5. Inspeccionar y sancionar a las personas naturales o jurídicas que no forman parte de la economía popular y solidaria y que ejerzan, contra lo dispuesto en este Código, actividades financieras reservadas a las entidades del Sistema Financiero Nacional, especialmente la captación de recursos de terceros. Para el efecto, actuará por iniciativa propia o por denuncia;
6. Ejercer la potestad sancionatoria sobre las entidades bajo su control y sobre las personas naturales o jurídicas que incumplan las disposiciones de este Código, en el ámbito de su competencia;
7. Velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las entidades sujetas a su control y, en general, vigilar que cumplan las normas que rigen su funcionamiento, las actividades financieras que presten, mediante la supervisión permanente preventiva extra situ y visitas de inspección in situ, sin restricción alguna, de acuerdo a las mejores prácticas, que permitan determinar la situación económica y financiera de las entidades, el manejo de sus negocios, evaluar la calidad y control de la gestión de riesgo y verificar la veracidad de la información que generan;
8. Establecer programas de supervisión intensiva a las entidades controladas, sin restricción alguna;

9. Exigir que las entidades controladas presenten y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento;
 10. Disponer a las entidades controladas aumentos de capital suscrito y pagado en dinero, como una medida de carácter preventivo y prudencial;
 11. Cuidar que las informaciones de las entidades bajo su control, que deban ser de conocimiento público, sean claras y veraces para su cabal comprensión;
 12. Absolver consultas sobre las materias de su competencia;
 13. Canalizar y verificar la entrega de información sometida a sigilo y reserva, requerida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Igual función cumplirá respecto de la información requerida a las entidades financieras públicas y privadas, para uso de otras instituciones del Estado;
 14. Establecer los montos y procedimientos que permitan investigar el origen y procedencia de los recursos de operaciones de cambio de moneda o de cualquier mecanismo de captación en moneda;
 15. Autorizar la cesión total de activos, pasivos y de los derechos contenidos en contratos de las entidades financieras sometidas a su control;
 16. Proteger los derechos de los clientes y usuarios financieros y resolver las controversias en el ámbito administrativo que se generen con las entidades bajo su control, para lo cual podrá solicitar o practicar de oficio, según sea el caso, las acciones de control necesarias para su esclarecimiento;
 17. Establecer las cláusulas obligatorias y las prohibiciones de los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios financieros;
 18. Aprobar los estatutos sociales de las entidades de los sectores financieros público y privado y las modificaciones que en ellos se produzcan;
 19. Realizar las investigaciones necesarias para autorizar inscripciones en el Libro de Acciones y Accionistas de las entidades financieras privadas, en los casos señalados en este Código;
 20. Remover a los administradores y otros funcionarios de las entidades bajo su control e iniciar, cuando fuere el caso, las acciones legales en su contra, por infracciones a este Código y a la normativa vigente por causas debidamente motivadas;
 21. Controlar que las entidades del sistema financiero público y privado cumplan con las decisiones adoptadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera;
 22. Proponer políticas y regulaciones a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en el ámbito de sus competencias;
 23. Informar a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera los resultados del control;
 24. Calificar a las personas naturales y jurídicas que efectúan trabajos de apoyo a la supervisión, como auditores internos, auditores externos, peritos valuadores y calificadoras de riesgo, entre otros;
 25. Designar a los administradores temporales y liquidadores de las entidades bajo su control;
 26. Proporcionar 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;
 27. Imponer las sanciones previstas en este Código; y,
 28. Las demás que le asigne la ley.
- La superintendencia, para el cumplimiento de estas funciones, podrá expedir todos los actos y contratos que fueren necesarios. Asimismo, podrá expedir las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las

disposiciones legales ni las regulaciones que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.¹⁷

Como se puede evidenciar, la legislación es bastante errática en lo que respecta a las funciones que puede desempeñar la Superintendencia de Bancos, entendiéndose de este modo que su accionar se delimitará a lo que expresamente se señala, dando cabida al principio de legalidad y por ende que no se presenten abusos de ningún tipo.

Dentro de sus facultades, en el artículo 63 se da la posibilidad de que se solicite en cualquier momento, información que pueda ser entregada por las instituciones que se encuentran bajo el control de la superintendencia, siempre que esta información este en el marco de sus competencias, y estas instituciones tengan la posibilidad de otorgarla.

Como todo órgano regulador, es claro que la Superintendencia contará con procesos establecidos en caso de suscitarse reclamaciones o recursos en el ámbito administrativo de su competencia, por consiguiente, es necesario analizar el alcance que en este sentido se tiene, considerando que es en estos casos concretos en que se determinará de manera concreta el alcance de las competencias de este órgano regulador, dentro de lo que se involucrarían usuarios financieros y las instituciones financieras controladas. Por lo tanto, el artículo 73 plantea lo relativo a la implantación de reclamos o recursos en los que se involucre la superintendencia como tal, o una de las sus instituciones controladas, por lo que en este caso, la actuación activa de la SB estaría justificada como ente interventor; lo que se debe delimitar es, ¿Hasta qué punto la SB puede intervenir?

Los actos expedidos por la Superintendencia de Bancos gozan de la presunción de legalidad, y su ejecución no se suspenderá por la interposición, admisión a trámite ni sustanciación de reclamos o recursos [...]

Los actos administrativos que produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa, expedidos por cualquier órgano de la Superintendencia, podrán ser revocados o reformados solamente por el Superintendente de Bancos, previa interposición del recurso de apelación dentro del plazo de diez días de notificada la resolución que se impugna. El pronunciamiento en este caso causará estado.

No procede recurso de apelación a lo resuelto por el Superintendente de Bancos, ni aún en caso de que el acto que se pretenda impugnar haya sido conocido y resuelto por él en primera instancia administrativa.

Extraordinariamente, mediante revisión, el Superintendente de Bancos podrá revocar o reformar cualquier acto administrativo, sea de oficio o con motivo de la presentación del respectivo recurso, dentro del plazo de un año, que se contará a partir de la notificación de dicho acto. La revisión solo tendrá lugar si el acto administrativo impugnado hubiere sido dictado con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el expediente o de disposiciones legales

¹⁷Id., Artículo 62.

expresas o cuando, con posterioridad, aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate.

La Superintendencia regulará el contenido y procedimiento que deberá observarse en materia de impugnación, derogatoria, revocatoria y reforma de estos actos.¹⁸

Por lo señalado en el artículo 73 es clara la intervención de la Superintendencia de Bancos para estos conflictos a manera de interventor, mediando en las controversias que se suscitan entre dos privados, considerando que las reclamaciones suscitadas serán implantadas sea por un usuario financiero o una institución, por lo que el organismo de control, sería meramente un intermediario que dirimirá el conflicto suscitado. Por consiguiente y como el numeral 16 del artículo 62 menciona, está dentro de sus funciones el poder intervenir en este tipo de conflictos para esclarecer las diferencias presentadas y por las cuales se originaría el reclamo; pero recalcó el hecho de que la superintendencia actúa como mero intermediario y mediador, y no como órgano sancionador en este tipo de controversias.

Por lo visto, ha quedado definido el hecho de que la Superintendencia de Bancos tiene delimitadas las funciones que puede ejecutar como órgano controlador, por lo que su accionar estará en este sentido ligado necesariamente al principio de legalidad, dentro del cual no puede excederse, y menos en ejercicio de aquellas funciones perjudicar personal o patrimonialmente a terceros, tomando en cuenta además que no posee este tipo de potestad sancionadora en el que se afectarían derechos subjetivos.

La intervención de este organismo de control se debe considerar como fundamental, tomando en cuenta que las instituciones bajo su control otorgan servicios de orden público los cuales deben ser delimitados en aras y beneficio de la población. No se puede eximir que su intervención sea fundamental para ciertos temas, así como el hecho de intervenir como interventor en las reclamaciones que se presenten directamente en su institución, sin embargo, debe quedar claro, que esto no implica que puede actuar como juez y parte, ya que debe prevalecer el principio de imparcialidad de las autoridades para salvaguardar los principios fundamentales del debido proceso y legalidad.

1.3.3 OTRAS NORMATIVAS APLICABLES

Es pertinente, para el estudio realizado, delimitar parámetros que se encuentran contemplados en la Codificación de Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria; esta codificación, desde la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero, poco a poco irá sufriendo cambios, tomando en

¹⁸*Id.*, Artículo 73.

cuenta que el ente que actualmente emite las resoluciones que conforman estas codificaciones ha pasado a ser la Junta de Regulación y Control, y ya no como lo era la Junta Bancaria; sin embargo, su aplicación sigue en vigencia, tomando en cuenta el sin número de parámetros que deben ser abarcados, pese a que no son del todo reformados y los principios siguen estando encaminados bajo la misma línea que había sido contemplada por la propia Junta Bancaria.

En este sentido, es pertinente remitirnos al Libro I en el cual se abarcan las “Normas Generales para las Instituciones del Sistema Financiero”, Título XIV, Capítulo V, Sección III, respecto a la atención de reclamos del usuario financiero se establece en el artículo 7 lo siguiente:

Su propósito es el regular los requisitos y procedimientos que deben cumplir los servicios de atención de reclamos de las instituciones del sistema financiero.

Las obligaciones recogidas en este capítulo estarán referidas a las quejas y reclamaciones presentadas, directamente o mediante representación, por todas las personas naturales o jurídicas, ecuatorianas o extranjeras, que reúnan la condición de usuario de los servicios financieros prestados por las instituciones del sistema financiero, siempre que tales quejas y reclamaciones se refieran a sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros y, en particular, del principio de equidad.¹⁹

Por lo referido respecto a la necesidad y obligación de las Instituciones Financieras de atender las reclamaciones presentadas por sus clientes por cualquier tema que se suscite, por lo que en la Sección IV, se determina concretamente el objeto y las funciones que debe desempeñar como tal este servicio atendiendo a los reclamos presentados, determinando en el artículo 9 que,

[...] Las instituciones del sistema financiero estarán obligadas a atender y resolver las quejas y reclamaciones que los usuarios financieros les presenten y que se derivasen de sus relaciones contractuales y comerciales [...].²⁰

En el artículo precitado, es claro que las reclamaciones presentadas serán en virtud de las relaciones comerciales y contractuales previamente adquiridas entre las partes, lo que se enmarca en controversias de carácter privado, por lo tanto, se debe determinar hasta qué punto la Superintendencia puede intervenir en estas reclamaciones, y cuál es el objeto de su intervención, ya que de ningún modo podría actuar de juez y parte.

¹⁹Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria (2007). Artículo 7. Resolución JB-2013-2393, Registro Oficial 897 del 22 de febrero del 2013.

²⁰*Id.*, Artículo 9.

Cabe aclarar que los reclamos de los cuales se ha venido hablando, son de carácter privado, los cuales son presentados directamente en la Institución Financiera, es decir, en esta etapa del proceso no se tiene la intervención de la Superintendencia de Bancos y el análisis y resolución de cada reclamo es en virtud de procedimientos internos de cada una de las instituciones financieras.

Una vez finalizada la instancia interna en la correspondiente entidad financiera, existen recursos de carácter administrativo que se pueden interponer ya sea por el cliente o por la institución bancaria, según como corresponda, los mismos que son resueltos por parte de la Superintendencia de Bancos o la Junta Bancaria, como ya se estudió anteriormente, respecto de lo que corresponde al recurso de apelación y extraordinario de revisión, que constan tipificados en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Con respecto a los tipos de reclamaciones que se pueden suscitar ya en el ámbito administrativo y con intervención de la SB, se debe tomar en cuenta la expedición del Reglamento para la Sustanciación de los Reclamos Administrativos, sobre Actos Normativos, Recursos de Apelación y de Revisión emitidos por la Superintendencia de Bancos, publicado en el Registro Oficial No. 382 del 25 de noviembre del 2014, en el cual se han establecido de manera taxativa los procedimientos para la interposición de los recursos tanto de apelación como el extraordinario de revisión, que han sido tipificados en el Código Orgánico Monetario y Financiero, previamente analizado.

Ahora bien, estos recursos delimitados ya por una ley, ratifican la intervención de la SB en conflictos de carácter privado, como ente regulador para intervenir en los procesos clientes vs. instituciones bancarias por la reclamación de valores, destinados a la devolución o reclamación de dichos valores que se derivan de una relación contractual en el ámbito privado.

La resolución de estas reclamaciones por parte del Superintendente causarán estado y no serán susceptibles de interposición de recurso alguno en vía administrativa sobre ellos; sin embargo cabe anotar que estas resoluciones disponen el archivo del caso, ¿Devolución de valores? esto deberá ser definido más adelante cuando se estudie a fondo lo relativo a las competencias y potestades, con lo que se podrá dilucidar si la Superintendencia tiene o no esta potestad, considerando que no hay dentro del presente análisis, una normativa que de manera expresa le faculte a emitir este tipo de resoluciones.

Dentro de las disposiciones generales del Reglamento en estudio, se establece en la disposición general segunda que “Los actos expedidos por la Superintendencia de Bancos gozan de la presunción de legalidad, y su ejecución no se suspenderá por la interposición, admisión a trámite ni sustanciación de reclamos o recursos en sede administrativa.”²¹ Este precepto puede llevar a sin número de análisis, ¿Esta ejecución a la que se refiere la cláusula segunda se podría referir de algún modo a la restitución de valores?

Según Cabanellas, la ejecución es

Efectuación, realización, cumplimiento; acción o efecto de ejecutar o poner por obra alguna cosa. // Efectividad o cumplimiento de una sentencia o fallo de juez o tribunal competente; como cuando se toman los bienes del deudor moroso para satisfacer a los acreedores mediante dicha orden judicial. // Aplicación de la pena de muerte. // Exigencia o reclamación de una deuda por vía ejecutiva. // APAREJADA. Se dice que trae aparejada ejecución cuando el título, por el cual se demanda una cantidad de dinero, es de aquellos que por ley autoriza a iniciar juicio ejecutivo [...].²²

Tomando como referente el concepto dado por Cabanellas, respecto de lo que se entiende por ejecución, no cabría interpretar al artículo antes citado, y su “ejecución” como la restitución de valores; de algún modo se lo podría ver como la constancia de emitir un precepto jurídico por parte de la Superintendencia, y que el mismo sea un precedente para juicios ordinarios, en los que se determine o no la restitución de valores como tal. De la definición jurídica dada, cabe mencionar que lo único a lo que se refiere respecto a dinero, es lo relativo a la interposición de juicio ejecutivo por la demanda de un título valor, mas no de un simple reclamo en sede administrativa.

No se ha establecido de manera taxativa aún en ningún cuerpo normativo que la Superintendencia pueda disponer de aquello, en consecuencia difícilmente se podría afectar patrimonialmente a una institución por reclamos de esta índole.

Además, es claro el Reglamento al mencionar en la Disposición General Cuarta de las mismas Disposiciones Generales, que

Si del resultado del análisis de la queja o reclamo y del recurso de apelación o revisión, y de la resolución que respecto de ellos se adopte, se determinare la necesidad de que la institución del sistema financiero introduzca correctivos que regularicen la situación que motivó el reclamo y/o recurso, la Superintendencia de Bancos, al emitir el pronunciamiento que lo resuelva, impartirá la disposición respectiva, otorgando al representante legal de la entidad un plazo improrrogable de quince (15) días a partir de la notificación, para que remita a la Superintendencia de

²¹*Id.*, Disposición General Segunda.

²²Cabanellas de TorresGuillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1979. p. 110.

Bancos bajo prevenciones de ley, la constancia del cumplimiento de la instrucción impartida y de la resolución adoptada.²³

Los correctivos a los cuales se refiere la cláusula antes mencionada se enfocan netamente a correctivos en los sistemas o servicios que la institución financiera brinda al público, sin embargo estos correctivos no se enfocan a resarcimientos económicos, por lo que se debería hacer constar lo mismo de forma taxativa para que la norma no se preste a interpretaciones de quien la lee. Las potestades de la Superintendencia son amplias, sin embargo no se ha establecido una potestad que le faculte para emitir disposiciones de restituciones económicas, en consecuencia, las disposiciones que hemos venido señalando que se pueden prestar para interpretaciones, deberán ser analizadas una vez que se determinen los tipos de potestades que existen, y cuáles son las que se le han conferido a este organismo de control.

De este modo es como concluye la instancia administrativa dentro de la cual interviene la Superintendencia como interventor, y la institución financiera y el cliente como partes involucradas en el reclamo.

En virtud del análisis de creación, evolución y normativo que rige a la Superintendencia de Bancos actualmente, se ha podido determinar que en efecto no hay disposición alguna que de manera concreta y expresa determine que este organismo tiene potestad de juzgar, y por consiguiente el poder ordenar la restitución de valores; se concluye que la Superintendencia tiene potestad sancionadora, pero esto se enfoca a sanciones respecto a correctivos o mal funcionamiento de las entidades controladas, mas no respecto de relaciones contractuales de carácter privado en las que la definición de devolver valores estaría inmersa dentro de lo que sería una potestad de juzgamiento, concreta de los órganos de la función judicial.

La Superintendencia tiene amplias potestades de intervenir en procesos de las instituciones del sistema financiera, incluso el de actuar como interventor y mediador en las relaciones contractuales entre clientes y las instituciones reguladas, sin embargo esta potestad conferida expresamente en la ley, le permite definir un precedente ligado de las investigaciones o definiciones que se tomen a lo largo del proceso administrativo, pero esto no le faculta para formar parte activa del proceso, dirimir el proceso como juez ordinario instruyendo indemnizaciones que no corresponden, mas aun considerando que

²³Reglamento para la sustanciación de los reclamos administrativos, sobre actos normativos, recursos de apelación y de revisión emitidos por la Superintendencia de Bancos. Disposición General Cuarta. Resolución SB-2015-685, Registro Oficial No. 585 del 11 de septiembre del 2015.

como entidad pública se debe apegar a lo que estrictamente le permite la ley, sin exceder de estas competencias y potestades taxativamente delimitadas.

En consecuencia, y por las controversias que estas facultades que la superintendencia se ha arrogado sin mayor sustento, se debe proceder con un análisis doctrinario para dilucidar si su actuación se apega o no al principio de legalidad y a las potestades conferidas, que por lo analizado se creería que no es del todo así, sin embargo se debe efectuar un análisis a profundidad que permita concretar si este organismo actúa conforme a derecho y cuál es el verdadero alcance de cada una de sus potestades.

1.3.4 INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE

En base a la normativa referida en los acápites anteriores, así como el enfoque que se tiene respecto a la Superintendencia de Bancos como un órgano tendiente exclusivamente a controlar y regular las actividades de las instituciones financieras, con el propósito de garantizar que todos los usuarios financieros gocen de servicios de calidad; es pertinente, por ello, analizar la normativa tendiente a la intervención en controversias entre usuarios e instituciones financieras se le han conferido a la Superintendencia con el nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero, y que puede ser objeto de varias interpretaciones, así como el hecho de pretender arrogarse competencias excesivas a las ya conferidas constitucionalmente.

- *El número 9 del artículo 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero*

Según la norma invocada, la Superintendencia de Bancos tiene la competencia para “Exigir a las entidades controladas presten y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento”²⁴.

Esta competencia se relaciona con la facultad que tiene el Organismo de Control para velar por la estabilidad del sistema financiero ejerciendo actividades de auditoría y control conforme se dispone constitucionalmente. Esto es concordante con lo que se manifiesta en el artículo 60 del mismo Código, al pretender que todas las actividades “[...] se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general”²⁵.

Por consiguiente, sujetándonos al ordenamiento jurídico, las medidas correctivas y de saneamiento se vinculan directamente con el funcionamiento del sistema financiero

²⁴Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 62 numeral 9. Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014.

²⁵*Id.*, Artículo 60.

como tal y no de las relaciones que el Banco pueda tener individualmente con sus clientes.

Además, atender al interés general se refiere a controversias que de algún modo perjudiquen a la colectividad de manera concreta; al resolver controversias entre el Banco y sus clientes, y al determinar responsabilidades de carácter civil, la Superintendencia incumple lo dispuesto taxativamente en la norma invocada, actuando a favor de un interés particular, y no uno general como legalmente se le dispone.

El arrogarse funciones sancionadoras para temas ajenos a los administrativos, como son la determinación de daños y perjuicios, implicaría que la Superintendencia pueda intervenir en cualquier aspecto de carácter interno de cada institución financiera, en las que una de las partes sea un Banco, siendo completamente contrario a la finalidad de control para la que fue creada la Superintendencia.

- *El número 16 del artículo 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero*

El numeral 16 ha referido la facultad de la Superintendencia de “[...] resolver las controversias en el ámbito administrativo que se generen con las entidades bajo su control [...]”²⁶, con el objetivo de proteger los derechos de los usuarios financieros.

Es claro que la Superintendencia, interpretativamente ha asumido que detrás de esta norma se encuentra implícitamente la potestad de resolver controversias administrativas, determinando responsabilidades.

Primero, se debe recordar que por mandato constitucional, las organismos públicos únicamente pueden hacer lo que expresamente la ley les permite, y el Código no le confiere a la Superintendencia la competencia para resolver y disponer resarcimientos económicos.

Segundo, el hecho de que la Superintendencia vele por la protección de los derechos de los usuarios, esto no le otorga una potestad jurisdiccional de actuar como juez en controversias contractuales.

Las controversias a las que se refiere el citado numeral 16, son netamente de carácter administrativo, esto es las relaciones que tenga el Banco como institución financiera con el Organismo de Control o respecto de la prestación de servicios que de manera general este brindando al público; estas controversias administrativas, no abarcan la solución de conflictos civiles y contractuales.

²⁶*Id.*, Artículo 62 numeral 16.

El hecho de que la norma sea taxativa al referir controversias administrativas, limita el accionar de la Superintendencia a este hecho, enmarcando su actuar a las competencias constitucionales que se le ha conferido.

- *El artículo 71 del Código Orgánico Monetario y Financiero*

Este artículo ha referido las acciones tendientes a soportar sus actividades en ejercicio de su potestad de control. Estas actividades de control son únicamente aquellas que ha referido el Código de manera expresa, dentro de las cuales no se incluye ninguna que le faculte a la Superintendencia a arrogarse potestades jurisdiccionales y resolver controversias dentro del ámbito contractual y civil.

- *El artículo 156 del Código Orgánico Monetario y Financiero*

Este artículo refiere “El respeto de los derechos de los clientes y usuarios financieros será vigilado y protegido por los organismos de control referidos en este Código.”²⁷

El hecho de que la Superintendencia esté facultada a proteger los derechos de los usuarios financieros, lo hace en aras de su competencia de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades financieras, determinadas constitucionalmente; claramente competencias de carácter administrativo.

Resulta absurdo que la Superintendencia pretenda tener competencias jurisdiccionales y actuar como juez y parte dentro de las controversias que se suscitan con instituciones del sistema financiero y sus clientes.

- *El artículo 157 del Código Orgánico Monetario y Financiero*

Este artículo refiere expresamente que

Los usuarios financieros podrán interponer quejas o reclamos ante la propia entidad, organismo de control o al Defensor del Cliente o plantear cualquier acción administrativa, judicial o constitucional reconocida en la ley para exigir la restitución de sus derechos vulnerados y la debida compensación por los daños y perjuicios ocasionados²⁸.

Esta norma no otorga de ningún modo a la Superintendencia para ser parte activa dentro de los reclamos que presentaren los usuarios financieros dentro del ámbito administrativo; este artículo solo les faculta a los clientes de poder interponer cuanta acción crean conveniente.

El referir de manera concreta la posibilidad de plantear acciones administrativas, o de interponer acciones judiciales o constitucionales por parte de los clientes, no le

²⁷*Id.*, Artículo 156.

²⁸*Id.*, Artículo 157.

confiere a la Superintendencia competencia para resolver este tipo de controversias, más allá de las administrativas, dentro de su ámbito de control.

CAPÍTULO 2

Actuación de la Superintendencia de Bancos en el marco de la legislación

El Derecho privado contiene los principios y las normas que se aplican prioritariamente a relaciones de igualdad entre particulares, los mismos que atienden a sus propios intereses; mientras que el Derecho público trata de principios y normas que son eficaces para relaciones de superioridad que trascienden a los individuos como tales, esto es, que superan las relaciones interpersonales privadas (relaciones supraindividuales), en las cuales siempre uno de los sujetos es uno de los poderes públicos que persigue, precisamente, el interés público.²⁹

La cita de Zavala Egas, dilucida una duda que se ha mantenido hasta el momento, respecto de si un organismo del Estado puede intervenir en relaciones de carácter privado, y esto se contesta de manera afirmativa. Para el caso en concreto de nuestro análisis, respecto de las controversias o reclamos que se susciten entre entidades financieras y usuarios financieros, la Superintendencia de Bancos si puede intervenir en ellos, pero siempre a petición de parte, esto es, siempre que el cliente haya presentado el respectivo reclamo ante este organismo; en consecuencia, tomamos el criterio de Zavala Egas, al mencionar que el derecho público supera las relaciones interpersonales, con el único objetivo de un interés público, que se constituiría en la prestación de servicios financieros y bancarios eficientes y de calidad.

Para determinar el alcance mismo de esta relación interpersonal dentro de la cual se da la actuación de la Superintendencia de Bancos se debe analizar doctrinariamente y en aplicación a la legislación ya estudiada en el capítulo anterior, las competencias y potestades de este organismo de control, con la finalidad de concretar hasta qué punto esta relación de superioridad puede trascender de tal modo que la Superintendencia instruya a las instituciones del sistema financiero la devolución de valores. La devolución de valores dispuesta por el Organismo de Control no se constituye de ninguna manera en una sanción o multa impuesta a la institución bancaria, sino por el contrario en un perjuicio y pérdida económica; esto sería únicamente justificado si la Superintendencia pudiera demostrar fehacientemente y atribuir un mal procedimiento por parte de la institución; caso contrario, la controversia es meramente de carácter

²⁹Zavala Egas Jorge. *Derecho Administrativo Tomo I*. Guayaquil: Edino, 2005, p. 19.

privado y este organismo actúa como mero mediador. Esto se enfoca al hecho de considerar que la Superintendencia es el organismo que regula la actuación, desarrollo y desempeño de las instituciones del sistema financiero, y la interferencia en aspectos privados en los que interviene el usuario financiero se da concretamente por la capacidad que tiene este organismo de regular el eficiente servicio que se les esté brindando, por el interés general que esto conlleva.

En consecuencia, para determinar el marco de aplicación de la legislación aplicable, referida en el capítulo anterior, se debe analizar y responder 5 preguntas indispensables que permitirán dilucidar cualquier duda mantenida, estas son: ¿Quién administra?, ¿Qué administra?, ¿Cómo administra?, ¿Para qué administra?, y ¿Por qué administra?

¿Quién administra?, lo hace un variado conjunto de poderes públicos de distinta naturaleza jurídica, pero que, básica e ineludiblemente, no escapan de ser considerados como Administraciones Públicas.

¿Qué administra?, [...] se trata de gestionar los servicios públicos o los medios para satisfacer los intereses públicos o, bien, los asuntos de simple utilidad pública.

¿Cómo administra?, si el fin es la satisfacción del interés general, las Administraciones Públicas tienen medios sólidos y “especialmente robustos, potestades unilaterales de carácter exorbitante cuyo ejercicio pueden garantizar las propias Administraciones Públicas en régimen de autotutela...” esto es, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia. Esta <<autotutela>> se justifica por la superioridad de los fines que justifica medios ajenos a los ordinarios, esto es, medios extraordinarios.

¿Para qué administra?, todas las Administraciones Públicas actúan para la satisfacción de los intereses generales, también para satisfacer necesidades del servicio público o, bien, para la utilidad privadas que tienen como finalidad el lucro económico [...]

¿Por qué administra?, [...] obedece al Poder por su actuación formalmente ajustada a la juridicidad (legitimidad formal), porque ajusta su actividad a parámetros de justicia acorde con los principios generales del Derecho (legitimidad material) y, finalmente porque actúa con eficiencia y pensando en el bienestar de la comunidad (legitimidad práctica).³⁰

¿Abarca la Superintendencia de Bancos el contenido expuesto, respecto de las preguntas contempladas anteriormente?

Una vez analizadas las competencias y potestades con las que se rige responderemos de manera concreta cada una de las preguntas, en lo que respecta al ámbito de actuación de este organismo de control, considerando que

[...] en contraste con lo que acontece en el derecho privado, los sujetos y órganos estatales gozan del poder jurídico genérico de imponer efectos por su exclusiva voluntad (en forma unilateral) que puedan incidir en la esfera jurídica de los particulares, siempre que se respeten las garantías y los límites ínsitos en el ordenamiento jurídico.³¹

³⁰*Id.*, pp. 45-47.

³¹Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 193.

Siendo esta, una acotación que debe ser tomada en cuenta y como fundamental al momento de analizar detenidamente cada una de las actuaciones de la Superintendencia de Bancos concretamente.

2.1 COMPETENCIAS

Enfocándonos en una definición general, cabe citar lo referido por Guillermo Cabanellas de Torres, en su diccionario jurídico elemental, mismo que define a la competencia sosteniendo que es la “Contienda, disputa.// [...] Atribución, potestad, incumbencia.// Idoneidad, aptitud.// Capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto.// Derecho para actuar. [...]”³²

La competencia [...] pueden analizarse en su condición de principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado y, también, en su faz dinámica y concreta, como uno de los elementos esenciales del acto administrativo.

En el plano de las organizaciones públicas estatales constituye el principio que predetermina, articula y delimita la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades públicas del Estado con personalidad jurídica.

[...] la competencia puede ser definida como el conjunto o círculo de atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos públicos estatales o bien con un alcance jurídico más preciso, como la aptitud para obrar o legal de un órgano o ente del Estado.³³

Siguiendo la óptica conceptual de Cassagne de líneas anteriores, el mismo autor ha mencionado que la competencia no nace de la simple voluntad del legislativo o del funcionario en ejercicio de sus funciones, sino que la competencia debe estar contemplada de manera expresa en una norma de rango legal, es decir, la competencia debe estar necesariamente positivada.

De este modo, el ámbito de la libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario.

[...] el principio de especialidad no desplaza la posibilidad de que la aptitud del órgano o ente surja, en forma expresa o implícita, de una norma completa atributiva de competencia y ello es conveniente en cuanto reduce el margen de actuación discrecional de la Administración, brindando mayores garantías a los administrados.³⁴

De lo referido de manera amplia, es claro que se entiende a la competencia como la aptitud de un organismo del Estado para conocer sobre una controversia o asunto determinado; sin embargo, es preciso dilucidar el ámbito de competencia concreto dentro del cual la Superintendencia de Bancos puede actuar, y al amparo de qué

³²Cabanellas de Torres Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1979, p. 58.

³³Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 232.

³⁴*Id.*, p. 234.

normativa lo hace, ya que como se vio anteriormente, y conforme lo determina la Constitución en su artículo 226, los organismos del Estado únicamente pueden ejercer las competencias y potestades expresamente determinadas en la ley.

La doctrina ecuatoriana ha considerado que únicamente por medio de la Constitución o de una norma con rango de Ley, se puede atribuir competencias a los órganos administrativos, determinando que

toda competencia obligatoriamente nace del marco constitucional o legal; por manera que la normativa de menor jerarquía no puede crearla o modificarla, ni tampoco es factible que el órgano público asuma competencias por su propia cuenta, sin que exista previamente una norma constitucional o legal que haya otorgado la capacidad de obrar.³⁵;

en consecuencia, y analizando en contexto tanto lo determinado por la Constitución como por la propia doctrina, en virtud de la clara disposición constitucional contenida en el artículo 226, en el Ecuador es únicamente posible que normativa de rango superior, es decir, la Constituciones y las leyes, confieran competencias para el legal y debido obrar de los organismos del Estado.

La actuación per se, de un órgano estatal, se configura en las competencias expresamente atribuidas, en las personas que se encargan de su funcionamiento y que el mismo esté conformado por una infraestructura. Con la consolidación unitaria de estos elementos, se puede imputar a un órgano un conjunto de actividades para el ejercicio de funciones públicas, desarrollándose la competencia administrativa.

La competencia [...] es una circunstancia o calidad del ente público que la tiene atribuida y que consiste en la titularidad de los intereses públicos que debe preservar y conseguir [...] la competencia es la medida cuantitativa del poder jurídico que corresponde a un órgano administrativo determinado.³⁶

Partiendo de las definiciones dadas, se debe considerar que las competencias de las Superintendencias (de manera general), las establece la Constitución de la República en su artículo 213, anteriormente analizado, delimitando su obrar a actividades de vigilancia, auditoria, intervención y control, es decir, que sus potestades concretas se deben regir a estos parámetros y no pueden ejercerlas de manera exorbitante; es claro que la Superintendencia de Bancos, está llamada a ser un organismo que vele por los derechos de los usuarios financieros, pero delimitando su actuar a intervenir y controlar el cumplimiento de los mismos por parte de las Instituciones del Sistema Financiero, situación en la que no se incluye de ningún modo la posibilidad de juzgar, y tampoco el

³⁵Secaira DurangoPatricio. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004, p. 129.

³⁶Zavala EgasJorge.*Derecho Administrativo Tomo I*. Guayaquil: Edino, 2005, pp. 220-221.

hecho de actuar como juez en controversias de carácter individual, que sobrepasan el interés general para el cual fue creado este Organismo de Control.

“[...] en el Derecho Administrativo la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, en virtud de que siempre se requiere un texto que reconozca la aptitud del órgano o sujeto estatal para emitir válidamente un acto.”³⁷

Es así que de manera concreta se ha establecido en el Código Orgánico Monetario y Financiero, las competencias de este organismo en los artículos 59 y 60, estando a la par de lo que ya ha delimitado la Constitución, rigiéndose la Superintendencia por estos dos cuerpos legales jerárquicamente superiores, y como ya se analizó, que el obrar de las entidades públicas, se basará por lo que las leyes superiores de manera concreta hayan establecido.

El principio de especialidad de la competencia comprende tanto aquellas facultades atribuidas de forma expresa o implícita (como derivación o extensión de normas expresas), como las competencias “inherentes” que surgen directamente de los fines establecidos en el acto de creación del órgano o ente, con los límites propios de la reserva de la ley donde se requiere la existencia de norma legal expresa.³⁸

En consecuencia, las competencias de la Superintendencia de Bancos se concentran en aquellas que se han establecido concretamente en las leyes, siendo estas las de vigilancia, auditoría, intervención y control respecto a las Instituciones Financieras controladas, en salvaguardia de los intereses de los usuarios financieros, no pudiendo de ninguna forma, exceder a los poderes establecidos y otorgados por la Constitución y sus normas específicas. Si bien se hace referencia a la posibilidad de actuar en virtud de facultades implícitas, ninguna ley ha expresado que el accionar de la Superintendencia puede extenderse incluso hasta el punto de actuar como juez, causar perjuicios patrimoniales y dirimir a cabalidad conflictos que se desenvuelven en primera instancia por relaciones contractuales de carácter privado. Cabe hacer énfasis en el hecho de que la SB es un mero intermediario y mediador, en convergencia con las competencias establecidas en los cuerpos legales antes mencionados.

Tomando como punto de partida los criterios de competencia expuestos en la Constitución y la Ley, respecto del ámbito de competencia de la Superintendencia de Bancos, la doctrina y las leyes ecuatorianas han delimitado a la competencia en razón de la materia, grado o jerarquía, territorio y tiempo, cuestiones que permiten la actuación legítima y eficaz del órgano regulador, vinculándose con el principio de especialidad, en

³⁷Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 97.

³⁸*Id.*, p. 98.

los que se enfocaría estrictamente el actuar de este órgano, en temas financieros y bancarios de manera específica. Es así, que la Superintendencia de Bancos, tendría competencia para actuar, incluso a través de Intendencias Regionales o de la Junta Bancaria/ Junta de Regulación y Control en los temas que competan a cada uno y según como correspondan.

Para la actuación de la Superintendencia de Bancos, existen reglas jurídicas en materia de competencia que deben ser analizadas entre las que se debe destacar las siguientes:

- 1) La competencia debe surgir de una norma, de rango constitucional, legal o reglamentario.
- 2) Su ejercicio constituye una obligación para el órgano o sujeto estatal y es irrenunciable en atención del interés público que motiva su establecimiento.
- 3) En principio es inderogable o improrrogable salvo que la avocación o delegación fueren procedentes.³⁹

La competencia de la Superintendencia de Bancos ha sido delimitada de manera expresa por la Constitución de la República. “Las competencias de las instituciones públicas vienen a ser los límites dentro de los cuales han de moverse las personas jurídicas públicas y los órganos administrativos. Toda atribución de competencia representa al mismo tiempo una autorización y una limitación.”⁴⁰

Tiene preponderancia que exista un ente que regule la actuación de las instituciones del sistema financiero: ¿Con qué fin? Con la finalidad de evitar congelamiento de fondos o la disposición arbitraria de fondos públicos, así como el hecho de fijar tasas de interés fijas y unánimes entre todas las instituciones; además el hecho de tutelar los derechos de los usuarios financieros frente a cualquier arbitrariedad que se suscite, sin que esto implique, de ningún modo, la posibilidad de causar perjuicios patrimoniales a una institución regulada y menos el dictaminar resoluciones de carácter vinculante y jurisdiccionales ya que esto excede a las competencias constitucionalmente atribuidas.

2.2 POTESTADES

Las potestades, hablando de manera general, son adscritas en virtud de las funciones políticas, administrativas o judiciales; para el caso concreto de la Superintendencia, en relación a las controversias suscitadas entre usuarios financieros e instituciones financieras, las funciones son administrativas, por lo

³⁹Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 100.

⁴⁰Pérez Camacho Efraín. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, p. 90.

tanto las potestades de la Superintendencia como interventor en estos casos tienen el mismo carácter.

Según la definición de Santi Romano: Las Potestades Administrativas son como el poder jurídico para imponer decisiones a otros sujetos y para el cumplimiento de una finalidad determinada [...]

Cuando estas Potestades vienen atribuidas a una persona jurídico-pública por el ordenamiento jurídico se denomina Potestades Administrativas.⁴¹

“El sistema del Derecho Público contiene, como rasgo típico, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas administrativas que integran el denominado régimen exorbitante del Derecho Privado.”⁴²

Para determinar de manera concreta la actuación de la Superintendencia, debemos definir, ¿A qué se le denomina como régimen exorbitante?; en consecuencia, Cassagne sostiene que

[...] no puede sostenerse que el Derecho Administrativo se encuentra en una situación de exorbitancia respecto del Derecho Privado. En todo caso, el Derecho Público regula contenidos que le atañen exclusivamente, que no entran en conflicto con el sistema del Derecho Privado.⁴³

Por lo señalado, se entendería entonces que como la propia Constitución lo ha establecido, los organismos del Estado pueden actuar exclusivamente en virtud de las potestades que les han sido taxativamente conferidas, y esto sin contravenir principios constitucionales fundamentales; y, como el propio Cassagne lo menciona, que esto no implique que sus funciones entren en conflicto con el sistema de Derecho Privado, siendo que el mismo estaría regulado por normas de carácter privado y por principios enfocadas a regular las relaciones contractuales e inter partes.

Se podría entender entonces que, ¿La Superintendencia en ejercicio del régimen exorbitante ha intervenido en las controversias suscitadas de una relación contractual entre una Institución del Sistema Financiero y sus clientes? La respuesta sería afirmativa, considerando, que como es claro, la Superintendencia solo puede actuar e intervenir en virtud de lo que la ley de manera expresa le ha facultado; “La manifestación fundamental del principio de legalidad administrativa se traduce en que la Administración pública solo es titular de las potestades atribuidas por norma legal.”⁴⁴, y, según como ya hemos analizado la normativa aplicable para el presente análisis, la ley

⁴¹Tema 12.- Las Potestades Administrativas, en: www.administrativoucm.blogspot.com, (acceso: 26/09/2015).

⁴²Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 16.

⁴³*Id.*, p. 17.

⁴⁴*Bases constitucionales del derecho administrativo. La administración pública en el estado social y democrático de derecho (I)*. en: www.dugi-doc.udg.edu (acceso: 26/09/2015).

en ningún caso le ha conferido la potestad para poder actuar como juez y parte dentro de las reclamaciones privadas, que alcanzan una instancia administrativa al acudir el cliente, al órgano estatal en aras de una tutela administrativa.

Esto ha conllevado a que la Superintendencia pueda dirimir conflictos, en cuyo caso, su única potestad, sería la de generar precedentes administrativos, y no resoluciones administrativas en las cuales resuelve en perjuicio de uno de los dos administrados intervinientes en el conflicto (Institución Financiera y cliente de la misma). Por consiguiente, cabe hacer la aclaración de que la Superintendencia debe limitar su actuación como mediador en esta clase de conflictos, al hecho de analizar el cumplimiento o no de procedimientos y en virtud de aquello, emitir una resolución que sirva como antecedente preponderante para la iniciación de un proceso jurisdiccional ante la justicia ordinaria, y que sea esta la que emita sentencias vinculantes para las partes, sin perjuicio del juzgamiento que se efectúe y de las reparaciones patrimoniales a las que esto pueda dar lugar.

(...) para poder realizar esas funciones y los cometidos estatales que a ellas se adscriben, resulta necesario que la Administración Pública disponga de “poderes” o prerrogativas para cumplir integralmente con los fines de bien común que persigue el Estado. Tales “poderes” se denominan en el lenguaje técnico “potestades” (...) ⁴⁵

Expresas que deberán ser definidas en las leyes especiales que regulen la actuación de cada uno de los organismos de control en nuestro país.

[...] la idea de potestad contrasta con la de derecho subjetivo en los siguientes aspectos:

- a) La potestad no nace de relación jurídica alguna, sino del ordenamiento jurídico, que la disciplina y regula.
- b) Ella no versa sobre contenidos específicos determinados sino que tiene un objeto genérico, no consistiendo en una prestación individual sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, aunque de su ejercicio y como consecuencia de su titularidad puedan devenir relaciones jurídicas particulares.
- c) No genera deberes concretos, ni sujetos obligados sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan, no hay pues sujeto obligado sino una situación pasiva de inercia. ⁴⁶

El objeto genérico que deviene de la potestad sería la determinación del cumplimiento o no de la normativa aplicable y por consiguiente la posibilidad de producirse efectos jurídicos en virtud de aquello y que esto conlleve a la resolución de conflictos entre particulares.

Las potestades administrativas, conferidas legalmente a la Superintendencia de Bancos, se encuentran tipificadas en el artículo 62 del Código Orgánico Monetario y

⁴⁵Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 113.

⁴⁶*Op. cit.*

Financiero, que ya ha sido analizado anteriormente, y respecto a su facultad de intervenir en las reclamaciones de usuarios financieros, concretamente en el numeral 16 del artículo antes mentado, pudiendo resolver las controversias en el ámbito meramente administrativo.

Es claro que no genera, no crea, no produce esta potestad estatal conferida, deberes concretos, ni sujeto obligado, esto es, la facultad de expedir resoluciones y que en aras de estas, la persona afectada pueda aducir su cumplimiento y resarcimiento de perjuicios ante el órgano competente, que sin lugar a dudas corresponde a la función judicial; es preciso mencionar que tal como se señala en la cita anterior, la situación de la Superintendencia de Bancos en controversias suscitadas entre administrados, corresponde a una situación pasiva de análisis del cumplimiento normativo de sus regulados (Instituciones Financieras).

2.2.1 TIPOS DE POTESTADES

“Existen diversas especies de potestades de la Administración: reglamentaria, de mando o imperativa, sancionadora, ejecutiva y jurisdiccional.”⁴⁷

La potestad reglamentaria consiste básicamente en la aptitud del Poder Ejecutivo y, en general, de la Administración Pública que habilita a emitir actos de alcance general que traducen la institución de situaciones generales, objetivas y obligatorias.

En cambio la potestad de mando o imperativa se vincula a la posibilidad de dictar ordenes revestidas de imperium que alcanza su expresión máxima en el Poder Ejecutivo.

Si se tiene en cuenta el poder disciplinario (interno), o el correctivo (externo), la potestad se denomina sancionadora [...]

La necesidad de ejecutar los actos que emanan de las anteriores potestades, explica y justifica la idea de una “potestad ejecutiva” o de ejecución, que se traduce en diversos actos: de tutela o protección, de coacción forzosa, de gestión económica, de vigilancia, de gracia o dispensa, etc.

En cuanto a la potestad jurisdiccional, ella puede definirse esencialmente en la facultad de decidir controversias con fuerza de verdad legal, por cuyo motivo, si bien se la admite, su ejercicio es excepcional en virtud de tratarse de la función que la Constitución Nacional atribuye predominantemente a los jueces.⁴⁸

Tomando en cuenta la clasificación general que se da sobre las potestades y haciendo énfasis en lo que ya se mencionó en el capítulo 1 del presente trabajo, la Superintendencia de Bancos no tiene potestad de juzgar que le permita determinar la restitución o no de valores; la Superintendencia tiene potestad sancionadora, pero esto se enfoca a sanciones respecto a correctivos o mal funcionamiento de las entidades controladas, más no respecto de relaciones contractuales y la devolución de valores,

⁴⁷Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 114.

⁴⁸Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 115.

situaciones que estarían inmersas dentro de lo que sería una potestad de juzgamiento, concreta de los órganos de la función judicial. Es clara la diferencia manifiesta que se hace entre potestad sancionadora y jurisdiccional, por lo que la potestad de determinar la restitución de valores corresponde únicamente a los entes jurisdiccionales con potestad exclusiva de dictaminar determinados actos; en consecuencia, la actividad de la Superintendencia queda limitada a la sanción respecto de conductas y al hecho de poder sentar precedentes que podrían ser considerados a futuro en un proceso jurisdiccional como tal.

Se debe considerar además las clasificaciones concretas que la doctrina ha dado sobre las potestades administrativas, mismas que constituyen el esquema de aplicación del derecho administrativo. Dentro de la actuación de la Administración Pública, se pueden identificar varios tipos de potestades entre las que se encuentran las potestades innovativas y conservativas, y las potestades regladas y discrecionales. De cada una de las potestades mentadas, cabe definir cada una de ellas con la principal finalidad de delimitar en virtud de cual, la Superintendencia justifica su actuación e intervención activa en procesos entre particulares, lo que ha conllevado a que se despliegue una actuación de juez y parte, además de actuar como juzgador y no un simple mediador.

En el caso de las innovativas el contenido se cifra en crear, modificar, extinguir situaciones jurídicas. Es el caso de la potestad de autorizaciones o permisos, potestad concesional, administrativas, expropiatoria, sancionadora, reglamentaria. Mediante ellas se crean situaciones jurídicas o se modifican de una forma y otra las existentes.

Por el contrario, las potestades conservativas: conservar, tutelar, realizar situaciones jurídicas preexistentes sin modificarla o destruirlas [...] Por ejemplo, la potestad sancionadora puede ser innovativa en cuanto que altera la situación jurídica del sancionado o conservativa en cuanto que se atribuye a la Administración para asegurar la defensa de determinadas situaciones que se juzgan dignas de protección.⁴⁹

En virtud de la primera clasificación, es claro que no se apega a las potestades de la Superintendencia en virtud de las reclamaciones presentadas contra Instituciones del Sistema Financiero Privado, considerando que sus potestades no están enmarcadas en la definición dada en cuanto a su intervención en estas reclamaciones, tomando en cuenta que si bien la Superintendencia posee potestad sancionadora, para el caso de las reclamaciones contra Instituciones del Sistema Financiero Privado, esta potestad no es aplicable ya que su actuar debería estar determinado y limitado a la de un interventor y mediador, el cual sea capaz de esgrimir resoluciones con precedentes administrativos que puedan ser posteriormente juzgados.

⁴⁹ZambinoPulitoMaría. *Derecho Administrativo. Clasificación de Potestades Administrativas*. 14 de julio del 2014, en: www.derecho-administrativo.com (acceso: 26/09/2015).

Decimos que una potestad es reglada cuando los elementos que la configuran están predeterminados en la norma. Constatado el presupuesto de hecho la Administración procede al ejercicio de la potestad de acuerdo con unas pautas preestablecidas.

En cambio, es discrecional la potestad cuando la norma de atribución no define por completo y al detalle algunos de los elementos de la potestad remitiendo su ejercicio o la forma de hacerlo a la libre voluntad de la Administración en cuanto gestora de los intereses generales.

En el caso de la potestad reglada, ante la constatación de la situación fáctica a la que la norma anuda el ejercicio de la potestad, la Administración ha de actuar en los términos que la norma le indique sin efectuar ningún posible planteamiento de la conveniencia o no de su actuación y sin valorar cual ha de ser la forma de su actuación que deberá ajustar a lo que la norma predetermina. Implica, pues, una labor mecánica de aplicación de la norma.

La potestad discrecional significa que el autor de la norma, de ordinario el legislador, voluntariamente y ante la imposibilidad de valorar las circunstancias concretas de la realidad de cada momento desde la necesaria abstracción y generalidad de la Ley, deja en manos de la Administración que complete por sí la apreciación de las circunstancias y actúe de la forma que estime más conveniente para los intereses generales cuyo servicio le corresponde. La Administración puede optar entre soluciones diversas, todas ellas, en principio aceptables. Solo las circunstancias concretas del caso determinan que alguna o algunas no sean aceptables.

De aquí se desprende que la discrecionalidad es una técnica vinculada al principio de eficacia pues con ella se pretende crear el mecanismo que permita un acercamiento a la realidad antes de decidir, propiciando de esta manera la decisión más ajustada a la protección de dichos intereses generales o, dicho de otro modo, buscando el acierto en el ejercicio de la potestad. Pero de lo dicho también ha de concluirse que la discrecionalidad de las potestades no tiene como finalidad favorecer el capricho, ni la incuria, ni mucho menos la arbitrariedad de las autoridades y funcionarios, ni un funcionamiento parcial o partidista de los mismos, sino de dotarlos de medios jurídicos para que actúen con eficacia. Debe tenerse muy claro desde este momento que discrecionalidad no es arbitrariedad ni supone un expediente de inmunidad a favor de la Administración. Esta se encuentra sujeta a los mismos controles tanto si actúa de modo reglado como si actúa de forma discrecional, sin perjuicio de que se planteen dificultades y problemas mucho mayores en el control de la actividad discrecional que en el de la reglada (...).⁵⁰

Es claro que la actuación de la Superintendencia, por tratarse de un organismo de regulación y control se comprende en una potestad reglada, misma que debe estar taxativamente determinada en una norma, y concretamente lo está en el Código Orgánico Monetario y Financiero, como ya se lo analizó. Sin embargo, su actuación también puede considerarse discrecional por ejemplo en situaciones en que se deba determinar procesos o formas en que se determinará si una Institución Financiera ejecutó o no un procedimiento interno de manera concreta, es decir esto puede ser a través de auditorías o incluso con las reclamaciones de clientes, situaciones que se pueden generar de forma investigativa, y sin embargo no están expresamente señaladas en la normativo o dentro de un procedimiento determinado; pero, estas reclamaciones,

⁵⁰*Op. cit.*

no le atribuyen a la Superintendencia la potestad de disponer, como parte activa del proceso, que la Institución pague al usuario financiero la suma de dinero reclamada previamente.

La potestad que la Superintendencia de Bancos se arroga al disponer la devolución de valores, debería considerarse reglada, ya que su transcendencia en cada una de las reclamaciones, no puede ser determinada al azar o a conveniencia, sino que debería ser general y concreta para este tipo de controversias sin excepción. En consecuencia, si bien, cierta intervención de la Superintendencia en casos de reclamaciones de usuarios financieros contra las Instituciones del Sistema Financiero Privado puede considerarse como discrecional, no cabe considerar del mismo modo a su actuación como juez adoptando una potestad jurisdiccional, que no aplica para el caso de este organismo de control.

Si las potestades tienen su origen en el ordenamiento jurídico, se requiere, por aplicación del principio de legalidad, que una norma previa la configure y la atribuya. Por tal razón, se originan en ley material y son inalienables, intransmisibles e irrenunciables.

(...) no obstante el hecho de que las potestades administrativas traducen situaciones ordinarias de ejercicio del poder público, ellas no pueden ser absolutas e ilimitadas sino razonables y justamente medidas y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido.⁵¹

Pese a lo analizado, se mantiene la duda de si la Superintendencia de Bancos, actúa o no conforme a derecho adoptando actuaciones que a simple vista serían ilegítimas. En consecuencia, es pertinente analizar una clasificación adicional para sacar las conclusiones pertinentes para el caso de estudio.

Considerando lo expuesto respecto del principio de legalidad y el cumplimiento de las funciones expresamente establecidas en los cuerpos legales por cada una de las instituciones y órganos que conforman la Administración Pública, es pertinente distinguir entre los diversos tipos de potestades que estos pueden ejercer.

Las potestades han sido objeto de clasificación por la doctrina del siguiente modo:

1º) Públicas o privadas. Las primeras son las que el ordenamiento ha atribuido a la Administración y las segundas son las que el ordenamiento ha atribuido a los ciudadanos o particulares. [...]

2º) Explícitas o implícitas. Explícitas son aquellas que han sido otorgadas expresamente por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el art.2 de la Ley de Expropiación Forzosa atribuye al Municipio expresamente la potestad de expropiar. Implícitas son aquellas que aunque el ordenamiento no las haya atribuido expresamente se entiende que la Administración debe poder ejercerlas para poder ejercer sus funciones o prestar sus servicios públicos [...].⁵²

⁵¹Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002 p. 115.

⁵²*Las Potestades Administrativas*, 2012 en: <http://derechoaldiaucm.blogspot.com/2012/12/las-potestades-administrativas.html> (acceso: 08/11/2014).

En virtud del enfoque que tiene el presente estudio, es de fundamental importancia centrarnos principalmente en lo concerniente a las potestades explícitas e implícitas.

Centrándonos en las facultades explícitas ejercidas por la Superintendencia de Bancos, queda claro que deben existir a su vez aquellas potestades implícitas, que según se señala, no necesariamente estarán tipificadas, sin embargo se entendería que dicho organismo de control está facultado para hacerlo, por lo que cabe entender a cabalidad en qué consisten las mencionadas potestades implícitas y cuál es su verdadero alcance.

Tratadistas venezolanos, en un análisis a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de ese país, refieren lo que se entendería de algún modo con las potestades implícitas; han mencionado que

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido excepciones a la regla de la competencia expresa, en base a la tesis de las “potestades implícitas o inherentes”. Esta tesis consiste en que aun cuando la competencia no esté expresamente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la norma. En este sentido, se explica que si la competencia no surge en forma concreta de la norma, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de la norma.⁵³

Consecuentemente, en el presente estudio, cabe dilucidar si es que la Superintendencia de Bancos, a partir de sus funciones taxativamente señaladas en el Código Orgánico Monetario y Financiero, tiene además ciertas potestades implícitas que no han sido meramente tipificadas por el legislador. En este caso, se debería determinar cuáles son estas potestades implícitas y cuál es su fin dentro del cual se encamina su actuación.

2.2.2 ALCANCE DE SUS POTESTADES

En virtud de las potestades analizadas en el acápite anterior, es pertinente concluir cuál es su verdadero alcance, y el tema de mayor preponderancia para nuestro estudio, y en razón de ser en único que no ha sido dilucidado a cabalidad, es pertinente que nos centremos en el alcance de las potestades implícitas previamente definidas.

Para el análisis de la potestad implícita, configurada dentro de las reclamaciones de carácter privado, que se suscitan dentro del ámbito administrativo por la intervención de la Superintendencia, se debe analizar a detalle principalmente, lo que menciona el artículo 62 numeral 16 del Código Orgánico Monetario y Financiero, el cual señala que

⁵³EspinozaAlexander y RivasJheny. *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Venezuela: Instituto de Estudios Constitucionales, 2011, p. 557.

La Superintendencia de Bancos tiene las siguientes funciones:

[...]

16. Proteger los derechos de los clientes y usuarios financieros y resolver las controversias en el ámbito administrativo que se generen con las entidades bajo su control, para lo cual podrá solicitar o practicar de oficio, según sea el caso, las acciones de control necesarias para su esclarecimiento. [...].⁵⁴

Como primer punto, es claro que la Superintendencia sí está facultada para resolver las controversias dentro del ámbito administrativo. Pero, ¿Qué significa que estén dentro del ámbito administrativo? Las competencias administrativas de la Superintendencia estarían delimitadas por lo que refiere nuestra Constitución, al mencionar que las Superintendencias son “[...] organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control [...]”.⁵⁵, es decir, son organismos que velan por el buen y correcto funcionamiento de las Instituciones del Sistema Financiero, y esto en aras de que se brinde un servicio de calidad a cada uno de usuarios financieros; este ámbito administrativo implica cuestiones respecto al funcionamiento de las instituciones financieras y su relación con los clientes, mas no a la resolución de controversias de índole privado.

En virtud de lo anterior, se debe considerar además, que el texto del numeral analizado, no se refiere a controversias “entre” usuarios financieros y entidades bajo el control de la Superintendencia, se refiere de manera general a controversias administrativas, lo que conlleva situaciones que se despliegan respecto de los procedimientos dentro de las Instituciones Financieras.

El segundo punto a ser analizado, y como bien el propio artículo 62 lo menciona, es el hecho de practicarse acciones de control, esto es, acciones de control tendientes al mejoramiento de procesos, productos y servicios que las instituciones del sistema financiero brindan de manera general a la población, y que se suscitan en virtud de la reclamación de un cliente en particular; sin embargo, se debe tomar en cuenta que esto está enfocado al interés general y no de una sola persona.

Por lo analizado, se concluye que respecto del artículo 62 numeral 16 del Código Orgánico Monetario y Financiero, a la Superintendencia de Bancos, no se le reconoce ninguna potestad implícita, que le otorgue la facultad de disponer la restitución de valores.

⁵⁴Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014.

⁵⁵Constitución del Ecuador de 2008. Artículo 213. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Para dilucidar a cabalidad si de algún modo la Superintendencia puede devenir su actuación en una potestad implícita de disponer devolución de valores, se debe analizar además lo que se ha positivizado en lo que se configura como el Reglamento para la Sustanciación de los Reclamos Administrativos, sobre Actos Normativos, Recursos de Apelación y de Revisión emitidos por la Superintendencia de Bancos, en el cual se han establecido los procedimientos para la tramitación de los recursos tanto de apelación como extraordinario de revisión, los cuales son presentados por las Instituciones del Sistema Financiero una vez que la Superintendencia ha iniciado a actuar como participe dentro de una controversia con un usuario financiero.

Para nuestro análisis respecto del Reglamento mencionado, cabe referirnos de manera específica a la cláusula Cuarta de las Disposiciones Generales, en la cual se señala lo siguiente:

Si del resultado del análisis de la queja o reclamo y del recurso de apelación o revisión, y de la resolución que respecto de ellos se adopte, se determinare la necesidad de que la institución del sistema financiero introduzca correctivos que regularicen la situación que motivó el reclamo y/o recurso, la Superintendencia de Bancos, al emitir el pronunciamiento que lo resuelva, impartirá la disposición respectiva, otorgando al representante legal de la entidad un plazo improrrogable de quince (15) días a partir de la notificación, para que remita a la Superintendencia de Bancos bajo prevenciones de ley, la constancia del cumplimiento de la instrucción impartida y de la resolución adoptada.⁵⁶

Como ya se mencionó en el capítulo 1 del presente trabajo, los correctivos a los cuales se refiere la cláusula antes mencionada se enfocan netamente a correctivos en los sistemas o servicios que la institución financiera brinda al público; si bien una controversia con un usuario financiero se puede suscitar por alguna falencia en alguno de los sistemas, y que esto conlleve una supuesta “pérdida” económica para el cliente, la restitución de valores de ningún modo puede ser determinada por un órgano con competencias administrativas de control y regulación como lo es la Superintendencia, en consecuencia, mal se podría adoptar una competencia jurisdiccional sobrepasando sobremanera las competencias y potestades que le han sido legalmente conferidas.

El regularizar la situación que origino el reclamo del cliente estaría enfocado en ordenar a la institución financiera el implantar sistemas que hagan prevalecer los derechos de los usuarios en salvaguardar sus depósitos, en adoptar medidas que

⁵⁶Reglamento para la sustanciación de los reclamos administrativos, sobre actos normativos, recursos de apelación y de revisión emitidos por la Superintendencia de Bancos. Disposición General Cuarta. Resolución SB-2015-685, Registro Oficial No. 585 del 11 de septiembre del 2015.

otorguen mayor seguridad al público, sin embargo esto no se lo puede interpretar como un resarcimiento económico de ninguna manera.

Por consiguiente, la potestad implícita que se despliega de la disposición general analizada, nos lleva a la conclusión que la Superintendencia una vez más estaría facultada para efectuar las investigaciones respectivas en virtud de sus competencias de auditoría, control y regulación, y esto a su vez le llevará a determinar la necesidad de que una determinada institución deba o no implantar algún correctivo de manera específica, sin embargo, esto jamás podría ser interpretado como la facultad de disponer correctivos onerosos que no aplican al caso de análisis, sobre todo por tratarse de un órgano con competencias administrativas de control y regulación de las actividades financieras, y no de un órgano que ejerce potestades jurisdiccionales que son exclusivas de los órganos de la función judicial.

Tratadistas venezolanos ejemplifican en qué caso se enmarcaría la actuación de la administración dentro de una potestad implícita, mencionando que

(...) el caso de una norma que atribuye a la Administración Pública la potestad de vigilar la calidad de los vertidos industriales a los cauces públicos, de la que se puede inferir la atribución – aun cuando la norma no señala nada al respecto –, de instalar instrumentos de medida de desagüe de las respectivas fábricas.⁵⁷

Conforme al ejemplo citado, se entendería que las potestades implícitas se enmarcarían dentro de potestades positivadas, y que las mismas presuponen actuaciones adicionales por parte de la Administración para el efectivo cumplimiento de las mismas.

Como consecuencia de ellos, se admite que en el ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten los derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder solo mediante norma atributiva de competencia.⁵⁸

Por lo analizado, y conforme los artículos citados, queda claro que la Superintendencia carece radicalmente de la facultad de ordenar la devolución de valores considerando que no hay norma que le atribuya dicha competencia.

Por su parte, Rafael Oyarte en su obra “Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado”, hace un análisis de lo que respecta a las potestades de la Superintendencia de Bancos y de manera concreta a lo relativo a la devolución de valores. Dada su pertinencia, es fundamental el análisis sobre el alcance de las competencias de este organismo de control, tomando como punto de partida la Resolución No. JB-2009-1303,

⁵⁷EspinozaAlexander y RivasJhenny. *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Venezuela: Instituto de Estudios Constitucionales, 2011, p. 557.

⁵⁸*Id.*, p. 558.

emitida el 14 de mayo de 2009, en la cual se hace alusión a que “los clientes de las instituciones financieras pueden presentar reclamos ante la Superintendencia de Bancos, quien en caso de establecer que hubo un procedimiento incorrecto por parte de la institución, puede ordenar la devolución de los valores reclamados.”⁵⁹

Las competencias de la Superintendencia, están radicadas en el artículo 60 del Código Orgánico Monetario y Financiero, las cuales expresamente delimitan su actuación a funciones de “[...] vigilancia, auditoria, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.”⁶⁰; la normativa es taxativa en este sentido, delimitando a actividades concretas la actuación del órgano de control, sin embargo, esta Superintendencia ha sobrepasado sus facultades, y ha interferido en controversias de un modo ajeno al de su competencia, como es el hecho de arrogarse una potestad jurisdiccional que no le corresponde.

El artículo precitado, se enmarca además en el hecho de que la Superintendencia debe atender un interés general, el cual englobaría a toda la colectividad, a todos los usuarios financieros, y no de manera concreta a un solo cliente.

En consecuencia se entiende entonces que el interés

pasa a ser público cuando no es exclusivo o propio de una o pocas personas, sino cuando participan o coinciden en el mismo un número tal de personas, componentes de una comunidad determinada, que puede llegar a identificárselo como de todo el grupo, inclusive respecto de aquellos que, individualmente, puedan o no compartirlo [...] el interés público debe anteponerse al derecho y al interés individual [...].⁶¹

Una cosa es que la Superintendencia controle para preservar la seguridad, estabilidad, transparencia y solidez de las instituciones financieras privadas y otra muy diferente, es que intervenga para resolver una eventual controversia entre privados (cliente e institución financiera).

Una cosa es que un cliente de una institución financiera y otra persona acuda a la Superintendencia de Bancos y Seguros para presentar un reclamo con la finalidad de que se vigile, controle o intervenga a una institución financiera en procura del interés general o del interés público y otra muy distinta es que la Superintendencia asuma el rol de “defender” los derechos e intereses que alegue un cliente frente a una institución financiera, situaciones que nacen, indiscutiblemente, de una relación contractual, es decir, de un acto entre privados.

Ocurre que con la Resolución [No.] JB-2009-1303 la Superintendencia de Bancos amplía sus potestades de policía administrativa a verdaderas facultades de carácter

⁵⁹OyarteRafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 830.

⁶⁰Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 60. Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014.

⁶¹EscolaHéctor Jorge. *El Interés Público: como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 238.

jurisdiccional, esto es, a resolver eventuales conflictos entre particulares a partir de un reclamo que formula un privado, el cliente, a otra persona, la entidad financiera [...]»⁶²

Queda claro que el hecho de que la Superintendencia, en una mínima instancia, tenga la facultad expresa de instruir devolución de valores, eso no abarca el interés individual de un cliente en aras de una reclamación presentada; en consecuencia, queda dilucidado que no hay potestades, ni expresa, ni tampoco implícita que le arrogue a la Superintendencia la facultad de instruir la devolución de valores a las instituciones financieras en aras de un reclamo individual presentado ante el organismo de control.

Una vez más se ratifica el criterio de que la Superintendencia es un mero vigilante de que las actividades financieras se ejecuten y oferten con la mejor y mayor calidad posible, salvaguardando siempre los intereses generales de la colectividad; sin embargo, en este tipo de reclamaciones, la Superintendencia está facultada a sentar precedentes administrativos en aras de que un órgano jurisdiccional determine si efectivamente se debe o no restituir los valores reclamados por el cliente en instancia administrativa.

Al inicio del presente capítulo, se plantearon varias preguntas que debían ser respondidas una vez que se determine el verdadero alcance que tiene la actuación de la Superintendencia en nuestro país, por consiguiente, es pertinente concluir el presente análisis contestando mentadas preguntas, las cuales se desarrollan a continuación.

¿Quién Administra? De manera concreta la Superintendencia de Bancos, que si bien no se constituye como una Administración Pública, constitucionalmente se constituye como el órgano regulador de las actividades financieras públicas y privadas.

¿Qué administra? La actuación de las Instituciones del Sistema Financiero, tanto público como privado, considerando que es un segmento del mercado de interés general y que brinda un servicio de orden público.

¿Cómo administra? Se le han conferido competencias y potestades tipificadas en cuerpos normativos con jerarquía superior, como lo es la Constitución y el Código Orgánico Monetario y Financiero; enfocado a cumplir funciones de vigilancia y control de las actividades del sistema financiero en aras de que un mejor sistema financiero. Actúa además como interventor dentro de procesos administrativos entre usuarios e instituciones del sistema financiero, con la finalidad de mitigar y corregir cualquier inconveniente que se suscita, y evitar a su vez imperfecciones al momento de usar los

⁶²Oyarte Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 832.

servicios que se ofertan, sentando precedentes administrativos y velando por la seguridad de todos y cada uno de los usuarios financieros.

¿Para qué administra? Para que a los usuarios financieros se les otorgue mejor servicio y mayores garantías al momento de custodiar su dinero; para que se satisfagan los intereses de la colectividad con un sistema financiero adecuado, que mitigue problemas al momento de otorgar los servicios.

¿Por qué administra? Porque el sistema financiero es un servicio de orden público que involucra a toda la población, y es un servicio sensible que debe ser regulado por su trascendencia en el crecimiento económico del país.

Una vez contestadas cada una de las preguntas, y dada la relevancia que ha tenido el presente capítulo, dilucidando la actuación, muchas veces ilegal e incompetente que ha tenido la Superintendencia, la pregunta más importante es el cómo, tomando en cuenta que al ser un Organismo del Estado, únicamente puede hacer lo que la ley le faculta, y, sin embargo, su actuación ha sido exorbitante e incluso abusiva en muchos casos.

CAPÍTULO 3

Impugnación ante el Contencioso Administrativo

La forma de gobierno de derecho exige que los agentes del poder sean designados según normas legales preexistentes y que su gestión gubernamental se cña absolutamente al orden jurídico vigente. El gobierno legítimo es la prenda de garantía de la libertad, seguridad y dignidad humana. Y solo en un ambiente de legitimidad es posible la realización plena de la justicia.⁶³

En virtud de la cita referida en líneas anteriores de Mantilla Pineda, y tomando en cuenta que en el capítulo anterior ya ha quedado demostrado que la Superintendencia de Bancos no tiene potestad positivada, así como tampoco potestad implícita que le faculte a disponer la devolución de valores por los reclamos presentados por clientes en aras de un conflicto de carácter privado, es claro que las Instituciones del Sistema Financiero que se vean de alguna forma perjudicadas por este hecho, tiene plena posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir este conflicto, y que en consecuencia se pueda declarar nulo aquel acto administrativo, por el cual se le estaría perjudicando patrimonialmente.

En la actualidad se contempla la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer las impugnaciones de los ciudadanos relativas a:

1. Actos administrativos, con excepción de aquellos de índole tributaria y los del juicio de coactiva establecido en el Código de Procedimiento Civil (...)⁶⁴.

Cualquier Institución del Sistema Financiero puede recurrir ante el Contencioso Administrativo, ya sea proponiendo recurso de plena jurisdicción o subjetivo, o recurso objetivo o de anulación, mismos que se encuentran tipificados en el Código Orgánico General de Procesos, con la finalidad de que se dirima un conflicto surgido por inconstitucionalidades derivadas de un acto administrativo dictado por la Superintendencia de Bancos o alguno de sus órganos delegados.

3.1 FALTA DE COMPETENCIA

Cassange menciona que

⁶³ Benigno Mantilla Pineda. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis S.A., 2003, p. 244.

⁶⁴ Efraín Pérez. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 106.

La presunción de legitimidad constituye un principio del acto administrativo que encuentra fundamento en la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales, principio en el que se basa a su vez el deber del administrado de cumplir el acto administrativo.⁶⁵

Sin embargo, y como ya se ha demostrado los actos administrativos emitidos por la Superintendencia de Bancos respecto a reclamaciones de índole privada, en los que se ordena erráticamente a las instituciones financieras una restitución de valores, es completamente ilegítima, por lo que el principal fundamento para proponer una demanda ante el Contencioso Administrativo sería la falta de competencia de este órgano para disponer dichas restituciones, esto en relación a al mandato del artículo 226 de la Constitución de la República, que dispone que los órganos administrativos solo pueden ejercer las competencias que les asigna la ley.

Este expreso mandato constitucional, recoge el principio universal de legalidad del Derecho Público, mismo que ha sido ignorado por el organismo de control, pues sustento jurídico que permita determinar y a su vez ejecutar una restitución de valores. Ni la Superintendencia de Bancos, ni la Junta Bancaria o Junta de Regulación y Control desde la promulgación del COMF, pueden auto atribuirse, facultades resolutorias sobre controversias contractuales entre las instituciones financieras y sus clientes o, el hecho de determinar responsabilidades. El hecho de que una institución financiera incumpla sus obligaciones, les faculta para imponer sanciones establecidas en normas con jerarquía de ley, pero de ningún modo es posible disponer pagos en aras de controversias de carácter privado, arrogándose funciones que no les han sido conferidas.

En virtud de lo mencionado, sobre la falta de competencia de la Superintendencia para disponer una restitución de valores que pese a su incompetencia, es una práctica que se ha venido manteniendo, la jurisprudencia ecuatoriana ya se ha pronunciado, sosteniendo con absoluta claridad que

el dictamen resolutivo de la Junta Bancaria procesa, juzga y dispone una sanción, consistente en una devolución de dinero, lo que no está estipulado en el ordenamiento jurídico, así la resolución [...] conforma un acto ilegítimo pues su objeto contraría al contenido implícito del acto, esto es, a la sujeción al principio de legalidad que debe el administrador en este tipo de actuaciones [...] la Junta Bancaria decidió una cuestión sobre la que no tenía atribuciones [...] no tiene jurisdicción, es decir la potestad pública de juzgar, lo cual corresponde a los jueces, bajo el eufemismo de ‘disponer la restitución’ de valores, lo que realmente hizo la Junta Bancaria es ‘condenar al Banco [...] a la restitución’ [...].⁶⁶

⁶⁵Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002, p. 211.

⁶⁶ Resolución del Tribunal Constitucional, suplemento del Registro Oficial No. 320 del 25 de julio del 2006.

La resolución del Tribunal Constitucional citada, ha sido incluso ratificada en la Resolución de la Junta Bancaria No. JB-2010-1588, en la cual se ha mencionado que

Que si bien es cierto que la Superintendencia de Bancos y Seguros tiene facultad legal y normativa para conocer los reclamos de los clientes; verificar cuál fue la actuación de la institución financiera; y, de ser pertinente, disponer los correctivos para que las entidades sujetas a su control apliquen eficazmente procedimientos que garanticen los depósitos [...], no es menos cierto que aquella resolución no concede atribución a los funcionarios delegados por la máxima autoridad del organismo de control para disponer en todos los casos, cuyos reclamos se tramitan en sede administrativa, la restitución de los valores reclamados;⁶⁷

Con cada una de las Resoluciones citadas, queda en evidencia la falta de competencia con la que actúa la Superintendencia de Bancos, y sin embargo, esta actuación es recurrente y no ha cesado con el paso de los años. En consecuencia, y considerando que es un ente que desempeña sus funciones muy por encima de lo que la ley le ha facultado, debe ser el Contencioso Administrativo, el organismo que declare la nulidad de cada uno de los actos administrativos mediante los cuales la Superintendencia sigue disponiendo restitución de valores, arrogándose exorbitantemente facultades que no le corresponden.

La presunción de legitimidad no reviste un carácter absoluto pues cede frente a la aparición de vicios manifiestos en el acto administrativo. En tales casos, el acto administrativo que no posee presunción de legitimidad carece de ejecutoriedad, tornando procedente su suspensión sí, no obstante tal circunstancia, la Administración insistiera en su cumplimiento.⁶⁸

Hay situaciones dentro de las que la Superintendencia, a medida que se va agotando la instancia administrativa, insiste en el hecho de disponer a sus administrados la restitución de valores; en virtud de esto, el Tribunal Constitucional ha sentado precedente en el cual resuelve “suspender definitivamente los efectos de las resoluciones Nos: JB-2004-666 y JB-2005-771 [...] solamente en lo que hace relación a la parte por la cual se dispone: ‘La restitución [...] de los valores que le adeuda la entidad bancaria [...]’.”⁶⁹

En análisis de la impugnación ante el Contencioso por falta de competencia del organismo de control frente a las decisiones tomadas, cabe mencionar lo que manifiesta la resolución en análisis, la cual ratifica

Que, con este proceder, la Junta Bancaria se atribuyó potestades que expresamente prohíbe el artículo 119 de la Constitución Política [1998] al señalar que:

⁶⁷Resolución No. JB-2010-1588 de 18 de febrero de 2010.

⁶⁸Cassagne Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, 2002, AbeledoPerrot, p. 213.

⁶⁹ Resolución del Tribunal Constitucional No. 602, Registro Oficial Suplemento 320 de 25 de julio del 2006, pp. 1-2.

‘Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley...’ [Actual art. 226 de la Constitución del 2008], pues se convirtió en un ente jurisdiccional [...] Hecho que a no dudarlo, configura la existencia de un acto administrativo ilegítimo, pues no estaba a disposición de la Junta Bancaria empeorar la situación del recurrente y peor aún, resolver un asunto que [...] corresponde a un órgano jurisdiccional;⁷⁰

Los Tribunales Constitucionales se han pronunciado respecto a la falta de competencia de la Superintendencia en estos temas; en consecuencia, se ratifica e insiste en el hecho de que este organismo únicamente tiene la facultad, en cuestiones a reclamaciones administrativas, a sentar precedentes los cuales serán cruciales para que órganos jurisdiccionales puedan tomar como fundamento al momento de emitir una sentencia resolutoria respecto a los temas controvertidos de restitución de valores.

Dentro de todo proceso, se deben seguir ciertos requisitos para que los actos que provengan de las actuaciones de la Administración Pública y los Organismos de Control que la conforman, sean legalmente emitidos. La Constitución del Ecuador, en su artículo 76 establece que

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se aplicara una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] ⁷¹

En relación a lo que señala el artículo precedente de nuestra Carta Magna, es importante recalcar el hecho de que todo proceso, judicial o administrativo debe estar investido por los principios generales del derecho, los mismos que a su vez dan el carácter de legítimo a cualquier acto expedido con estos fundamentos; es de relevante importancia seguir el debido proceso establecido para cada procedimiento con el fin de otorgar seguridad jurídica a los comparecientes.

Por lo que respecta, es importante referirnos nuevamente a la Resolución del Tribunal Constitucional, misma que señala que

⁷⁰*Id.*, p. 4.

⁷¹Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 76.

[...] la existencia de derecho a la seguridad jurídica, un aspecto clave de este derecho se refiere al debido proceso el mismo que ha sido violado por la Junta Bancaria, al no cumplirse con lo previsto en la Ley para el presente caso. En ninguna disposición de rango legal se le permite a la Junta Bancaria interponer sanciones como la que se le impuso al Banco [...] por lo que altera de modo manifiesto el principio de jurisdicción e independencia judicial y por tanto es atentatorio al principio de seguridad jurídica.⁷²

Por lo analizado, queda fehacientemente demostrado que la Superintendencia y sus organismos delegados, carecen de la potestad que les de la facultad para obrar como jueces dentro de controversias de carácter privado, siendo su actuación de simples mediadores sentando precedentes sobre el tema que les compete; en consecuencia, el tema de la incompetencia, sería el eje fundamental a dirimir dentro de la demanda presentada ante el Contencioso Administrativo.

3.2 FALTA DE MOTIVACIÓN Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Otro de los temas que deben ser considerados también para la presentación de la demanda ante el Contencioso, tiene relación con la falta de motivación de las Resoluciones de la Superintendencia, así como la determinación de responsabilidades.

La falta de motivación se vincula directamente con la falta de competencia que tiene para intervenir y disponer restitución de valores por parte de la Superintendencia, tomando en cuenta que, al no existir norma expresa que les faculte a dirimir conflictos de la forma en que se lo ha hecho, y como ya se mencionó, instruyendo a las instituciones financieras una devolución de valores, no fundamentan sus resoluciones y sus disposiciones en ninguna normativa que sustente este tipo de actuaciones, que como ya se ha demostrado, resultan exorbitantes y arbitrarias. Por consiguiente, es evidente que carece de una motivación acertada, que efectivamente les faculte a actuar activamente en conflictos de carácter privado.

Se debe tomar en cuenta que la falta de motivación de los actos administrativos está determinada en el artículo 66 de la Constitución de la República que menciona que “Se reconoce y garantizará a las personas:

[...]

⁷² Resolución del Tribunal Constitucional No. 602, Registro Oficial Suplemento 320 de 25 de julio del 2006, p. 2.

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas [...]”⁷³; además, lo que el artículo 76 de la misma Constitución refiere, que

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

[...]

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.⁷⁴

Por la normativa citada, es claro que la impugnación de un acto administrativo, sin la debida motivación, acarrea la extinción del mismo, lo que no es otra cosa que la nulidad del acto.

Se debe analizar también lo relativo a la determinación de responsabilidades. Ya se ha concluido una falta de motivación, sin embargo de lo cual, el Organismo de Control obra continuamente disponiendo la restitución de valores a las instituciones financieras por reclamos presentados por clientes, en aras de una controversia originada por un vínculo contractual entre privados, lo que de una u otra forma, ha generado que el usuario financiero tenga un perjuicio económico; sin embargo, esto no implica que el Banco sea el responsable de dicho perjuicio, y en consecuencia este parámetro debe ser detenidamente analizado.

La determinación de responsabilidades es una labor que corresponde exclusivamente a los entes de la Función Jurisdiccional, resaltando una vez más, que la Superintendencia puede únicamente sentar precedentes y emitir resoluciones respecto a un obrar “incorrecto” de las instituciones reguladas. La responsabilidad en este caso estaría ligada a las obligaciones adquiridas tal como lo define el artículo 1453 del Código Civil,

Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; [...].⁷⁵

⁷³Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 66.

⁷⁴*Id.*, artículo 76.

⁷⁵Código Civil, artículo 1453, Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio del 2005.

Lo que en consecuencia genera indudablemente, que las responsabilidades para el presente caso, deben ser determinadas por un juez civil, y no por un ente de control cuyas funciones están enfocadas a regulaciones de carácter administrativo; en consecuencia y siendo que “[...] la responsabilidad [...] es una forma de causalidad, pudiendo decirse lato sensu, que es el lazo que ata inevitablemente al hombre con sus actos.”⁷⁶, estas deben ser determinadas por un juez competente en aras de las investigaciones pertinentes para cada caso.

Las controversias entre una institución financiera con uno de sus clientes pueden suscitarse por sin número de razones, tales como pueden ser el uso de tarjetas de débito o crédito, uso de cajeros automáticos, transferencias por internet, giro de cheques, retiro de ahorros, entre otros; cada uno de los actos jurídicos por los cuales se les faculta a los usuarios financieros a poder acceder a cada uno de los productos ofertados, se ejecutan en aras de la buena fe, exteriorizada en un contrato, conforme lo establece el artículo 1562 del Código Civil; “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”⁷⁷ Tomando como fundamental la buena fe para estos vínculos contractuales adquiridos, resultaría contrario responsabilizar a la institución financiera por cualquiera de las controversias suscitadas, la cual no puede transferirse arbitrariamente a un tercero, como lo sería la institución financiera como mero prestador de un servicio. En este sentido, es pertinente mencionar que uno de los principios más aceptados para la determinación de responsabilidades, hace énfasis en el hecho de que quien se puso a sí mismo en una situación de riesgo, no puede reclamar a un tercero por las afectaciones que reciba como consecuencia de la misma, lo que le determinaría como responsable al mismo usuario financiero.

[...] la responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado. De esto se infiere que la existencia de un problema de responsabilidad civil supone un daño cuya víctima pide reparación. Por este hecho, entre el responsable o sea la persona contra quien el acto coactivo está dirigido (por hechos propios, de cosas que posea o de personas bajo su custodia), se convierten en deudos de la víctima quien a su vez se convierte en su acreedor [...].⁷⁸

⁷⁶Díaz Padrón José A. *Responsabilidad Criminal ante los tribunales*. México: América Nueva, 1955, p. 17.

⁷⁷*Id.*, artículo 1562.

⁷⁸Cienfuegos Salgado David. *Responsabilidad civil por daño moral*. en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>. (acceso: 28/11/2015), p. 51.

Entonces, considerando que la responsabilidad civil, emerge de un acto de carácter privado como lo puede ser un contrato, surge el hecho que esta responsabilidad se suscita por actos propios o de custodios, actos propios del usuario financiero por ejemplo, en consecuencia, ¿Cómo puede la Superintendencia de Bancos, determinar que existe únicamente responsabilidad del Banco, cuando se solicita una restitución de valores, sin ni siquiera analizar las responsabilidades que cada una de las partes ha aceptado en aras de un contrato que ha sido previamente suscrito? Difícilmente, un órgano de control, que desempeña funciones de vigilancia y monitoreo, puede determinar una certera responsabilidad, siendo que esto excede a sus competencias.

En vista de lo analizado, se han determinado tres fundamentos esenciales a tratarse en una demanda contencioso administrativa relativa a temas financieros; y llegando a un punto concluyente, sería mandatorio el hecho que el Tribunal acepte estos preceptos, tomando en cuenta además de la incompetencia del Organismo de Control, cuestiones tales como la determinación de responsabilidades, dentro de las cuales, una entidad bancaria, no puede responsabilizarse por todas y cada una de las controversias que se susciten por el uso o desuso individual de cada uno de los productos que se brindan a miles de clientes, siendo responsable cada uno de ellos, del manejo y cuidado que se le dé, por ejemplo a una tarjeta de crédito.

Es importante resaltar el hecho que un manejo incorrecto por parte del usuario financiero, no se deslinda en un procedimiento incorrecto por parte de la institución, en consecuencia, y al tener que analizarse elementos ajenos a los servicios y productos financieros como tal, incluso en este sentido, es procedente el acudir ante un juez especializado como lo es el juez civil o penal, al tener que analizarse temas contractuales o delictivos, depende del caso que se esté desglosando.

CAPÍTULO 4

Conclusiones y Recomendaciones

4.1 CONCLUSIONES

1. Las instituciones públicas, y en el caso concreto de nuestro estudio, la Superintendencia de Bancos, solo puede ejercer aquellas competencias y potestades que les han sido expresamente conferidas por mandato legal, sin embargo, estas muchas veces rebasan los límites y se vuelven exorbitantes, violando parámetros constitucionales y arrogándose funciones que no les corresponden, generando una afectación a los derechos subjetivos de personas jurídicas.

2. La Superintendencia se ha arrogado potestades que considera expresas, al estar facultada para intervenir activamente en los reclamos y recursos interpuestos por usuarios financieros y las entidades bajo su control, sin embargo no hay potestad expresa, menos implícita, que faculte a esta institución, a disponer a una Institución Financiera, restituya valores que han sido reclamados por un cliente.

3. Las potestades implícitas que puede tener la Superintendencia estarían enfocadas al desarrollo procedimental de los recursos, como la facultad de, en virtud de ellos, oficiar una pericia para el esclarecimiento de ciertos hechos, por poner un ejemplo; sin embargo, una potestad implícita, no abarca la facultad de este organismo de control a disponer cuestiones patrimoniales que exceden de su competencia, dentro del marco constitucional, al ser este un órgano netamente regulador de los procedimientos internos de las instituciones financieras, y jamás la competencia de dictar resoluciones de carácter jurisdiccional, que además, al abarcar temas patrimoniales, deben ser decididas por un juez competente.

4. Se han expedido resoluciones constitucionales, en las que se ha establecido que la Superintendencia de Bancos no tiene la facultad para disponer de ningún modo una restitución de valores, por lo que se debe tomar en cuenta estos precedentes jurisdiccionales, además de las doctrinas expedidas respecto a este tema, las que se constituyen en fundamentos claros de que la Superintendencia ha excedido su accionar en contra de Instituciones Financieras; si bien es apta su actuación en reclamos y recursos, no lo es al momento de disponer una restitución financiera, que en ninguna

normativa se ha plasmado de forma concreta que una Superintendencia puede obrar de este modo.

4.2 RECOMENDACIONES

1. Considero que respecto a cuestiones procedimentales, tomando de forma concreta el tipo de resoluciones que la Superintendencia expide, y que dentro de ellas se enmarca una restitución de valores que resulta ilegítima y por sobre todo inconstitucional, considero importante que dentro del Reglamento para la Sustanciación de reclamos administrativos, se debería incluir un capítulo referente a la motivación que las resoluciones deberían contener, así como el carácter que las mismas tienen como precedente administrativo, especificando que estas no pueden tener disposiciones de carácter jurisdiccional.

2. Es importante que en virtud de los preceptos jurisdiccionales que ya se han expedido anteriormente respecto a la falta de competencia de la Superintendencia de Bancos para disponer restitución de valores, y considerando además que actualmente existen también preceptos doctrinarios que lo ratifican, me parece importante un pronunciamiento oficial por parte de la Corte Constitucional en que se enmarque taxativamente los límites de la Superintendencia dentro de estos procedimientos, con la finalidad de evitar se arrogue funciones que no le corresponden y que se genere una aplicación exorbitante de las facultades que le han sido taxativamente conferidas; además de especificar los máximos y mínimos que comprenderían la estudiada potestad implícita, que se desglosa de las potestades que expresamente la ley le confiere a cada organismo.

3. Además de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, es fundamental que una vez que las resoluciones ilegítimas que expide la Superintendencia, son sometidas a la justicia ordinaria, esto es ante el Tribunal Contencioso Administrativo, este Tribunal sin perjuicio alguno, debería suspender la ejecución del acto administrativo, considerando que una restitución de valores instruida por un órgano que carece de dicha competencia, también sería ilegítima, y segundo declarar siempre aquellas resoluciones como ilegítimas en virtud de la competencia del órgano que lo expide, generando precedentes dentro de este ámbito, que salvaguardan los intereses de las instituciones financieras, así como de los usuarios financieros a seguir el procedimiento correcto, y adecuado, si lo que se pretende es una mera restitución patrimonial de valores que le han sido por algún motivo sustraídos. Estos son

hechos delictivos, que de ningún modo pueden ser juzgados por un organismo que obra administrativamente.

Bibliografía

Marco Normativo:

1. Constitución Política de la República del Ecuador 1906, Registro Oficial No. 262 del 24 de diciembre de 1906.
2. Constitución Política de la República del Ecuador 1946, Registro Oficial No. 773 del 31 de diciembre de 1946.
3. Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
4. Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento No. 506 del 22 de mayo del 2015.
5. Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014.
6. Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, Registro Oficial 250 del 10 de diciembre del 2012.
7. Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio del 2005.
8. Reglamento para la sustanciación de los reclamos administrativos, sobre actos normativos, recursos de apelación y de revisión emitidos por la Superintendencia de Bancos. Registro Oficial No. 585 del 11 de septiembre del 2015.
9. Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria, Resolución de la Superintendencia de Bancos 306, Registro Auténtico 2006 de 5 de julio del 2006.
10. Resolución del Tribunal Constitucional, suplemento del Registro Oficial No. 320 del 25 de julio del 2006.
11. Resolución No. JB-2009-1303, Registro Oficial No. 600 de 28 de mayo de 2009.
12. Resolución No. JB-2010-1588 de 18 de febrero de 2010.

Libros:

13. Abruña Puyol Antonio. *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*. Lima: Palestra Editores, 2010.
14. Cabanellas de Torres Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1979.

15. Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

16. Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

17. Díaz Padrón José A. *Responsabilidad Criminal ante los tribunales*. México: América Nueva, 1955.

18. Escola Héctor Jorge. *El Interés Público: como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

19. Espinoza Alexander y Rivas Jhenny. *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Venezuela: Instituto de Estudios Constitucionales, 2011.

20. Gozzi Eugenia y Tappatá Ricardo. *Primera iniciativa de reforma financiera profunda en Latinoamérica, La Misión Kemmerer*. Fit&Proper, 2010.

21. Mantilla Pineda Benigno. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis S.A., 2003

22. Oyarte Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

23. Pérez Efraín. *Antecedentes y actualidad, Administración Pública ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2014.

24. Pérez Efraín. *La administración pública ecuatoriana en el siglo XX*. Guayaquil: Edino, 2000.

25. Pérez Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

26. Pérez Camacho Efraín. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

27. Secaira Durango Patricio. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.

28. Zagrebelsky Gustavo. *Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2002.

29. Zavala Egas Jorge. *Derecho Administrativo Tomo I*. Guayaquil: Edino, 2005.

Documentos de Internet:

30. *Bases constitucionales del derecho administrativo. La administración pública en el estado social y democrático de derecho (I)*. en: www.dugi-doc.udg.edu (acceso: 26/09/2015).

31. *Capítulo 2, La misión Kemmerer y la restauración económica.* en: www.flacsoandes.edu.ec, (acceso: 18/09/2014).

32. Cienfuegos Salgado David. *Responsabilidad civil por daño moral.* en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>. (acceso: 28/11/2015).

33. *Las Potestades Administrativas*, en: <http://derechoaldiaucm.blogspot.com/2012/12/las-potestades-administrativas.html> , 2012 (acceso: 08/11/2014).

34. Merino Sarango William Giovanny. *Metodología de aplicación de un sistema de control y supervisión bancaria sobre la información financiera de las entidades en liquidación forzosa bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros.* Tesis previa a la obtención del título de ingeniero comercial con especialización en contabilidad y auditoría. Universidad Politécnica Salesiana Sede Quito. Quito. En: <http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/4374/1/UPS-QT01825.pdf>. 2010. (acceso: 08/11/2014).

35. *Superintendencia de Bancos y Seguros*, en: http://www.sbs.gob.ec/practg/sbs_index?vp_art_id=1936&vp_tip=2, 2015 (acceso: 21/02/2015).

36. Tema 12.- Las Potestades Administrativas. en: www.administrativoucm.blogspot.com, (acceso: 26/09/2015).

37. Zambino Pulito María. Derecho Administrativo, Clasificación de Potestades Administrativas. en: www.derecho-administrativo.com, 2014 (acceso: 26/09/2015).