

Quito 06 de julio de 2006
PE-384-2006

Doctor
ALBERTO CHIRIBOGA ACOSTA
Presidente de la Junta Bancaria/
Superintendente de Bancos y Seguros
Quito

Ref.: Resolución JB-2006-900; Prohibición cobro de comisiones

De mi consideración:

La Asociación de Bancos Privados del Ecuador ha cuestionado desde su promulgación el contenido de la Resolución JB-2006-900 publicada en el Registro Oficial No. 302 de 29 junio, a través de la cual la Junta Bancaria, lejos de eliminar la ilegítima prohibición del cobro de comisiones en los servicios bancarios de mantenimiento de cuentas de ahorro, reformó dicha prohibición para darle el aspecto de una simple regulación, por lo que a fin de menguar los efectos que podría tener para la banca la confusa redacción del artículo que sustituye al artículo 6, Sección II, Capítulo I, Subtítulo III, Título V de la Codificación de Resoluciones de la Junta Bancaria, la Asociación se ha permitido, a través de la comunicación PE-378-2006 de 5 de julio, sugerir un borrador de Circular que emanado del organismo de control, instruya respecto de la aplicación de dicho artículo, el que espera sea acogido.

En relación al artículo 7, incorporado en los mismos Título, Subtítulo, Capítulo y Sección arriba referidos, por medio del que la Superintendencia tan solo modificó la prohibición arriba comentada, la Asociación se permite señalar lo siguiente:

La norma legal objeto de esta comunicación señala:

“Art. 7.- Las comisiones en cuentas de ahorro que correspondan a servicios efectivamente prestados, en cada mes calendario, no podrán exceder, en ningún caso, del valor acreditado en concepto de rendimiento financiero”

Si bien dicha norma ya no prohíbe de forma total el cobro de comisiones en cuentas de ahorro, sí limita la posibilidad de dicho cobro, lo cual, pese a las loables intenciones que pudiera tener la Junta Bancaria, no es legítimo dentro de un Estado Social de Derecho como el que impera en el Ecuador.

Como es de su conocimiento, el Estado de Derecho, en palabras sencillas, no es sino aquella forma de Estado en la que el Poder de éste se encuentra limitado por los mandatos de las normas legales que regulan las relaciones de los administrados con el Estado; es decir que así como es ilícito para los particulares el realizar actos que no se ajusten a la Ley, es también ilícito para el Estado realizar actuaciones o actividades para las que no se halla facultado.

Tal limitación al poder estatal encuentra su expresión constitucional en la norma de la Carta Magna que dice:

“Art. 119.- Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos **no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley**, tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.”

Ese es el ámbito dentro del cual las instituciones públicas, inclusive las autónomas, pueden actuar. Es decir, tan solo cumpliendo lo que les manda la ley o lo que les permite, es decir lo que se conoce como Derecho Público, contrario al Derecho Privado, en donde los administrados sí pueden realizar todos los actos que la ley no prohíba de forma expresa.

En relación a la competencia que pudieran tener la Junta Bancaria o la Superintendencia de Bancos y Seguros para regular o limitar de alguna forma el cobro de comisiones en cualquier servicio bancario, se debe señalar una vez más, como en reiteradas ocasiones lo ha hecho esta entidad, que el artículo 201 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero es meridianamente claro al señalar:

“Art. 201.- Las remuneraciones por servicios activos, pasivos o de cualquier otra naturaleza que presten las instituciones financieras serán **libremente** fijadas por las partes intervinientes.” (El subrayado y la negrilla son de la Asociación)

Tal norma no requiere interpretación alguna, pues se la debe entender en su sentido natural y obvio; es decir que en la relación contractual entre el cliente y la institución bancaria no debe intervenir ninguna otra voluntad que la de ambas partes.

Si la norma legal citada, establece que existe plena libertad para pactar las remuneraciones por servicios financieros y no existe, ni en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ni en ningún otro cuerpo legal, norma alguna que faculte a la Junta Bancaria o a la Superintendencia de Bancos y Seguros a intervenir en dichas relaciones, ¿Será acaso legal que el organismo de control **se atribuya** dicha competencia?.

Así, el artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala:

“Art. 1.- Esta ley regula la creación, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las instituciones del sistema financiero privado, **así como la organización y funciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia** (...)”

Es decir, es en el ámbito de **esa** Ley dentro de la cual la Superintendencia de Bancos y Seguros puede ejercer sus actividades de control, y esa Ley determina que los servicios financieros son de libre contratación; no señala que dichos servicios puedan ser controlados o limitados por entidad pública alguna.

A efectos de apoyar lo que se señala, es necesario recordar cuales fueron el origen y la extinción de la norma que facultó a otro organismo público el control de los costos financieros; así podemos señalar que el artículo 36 de la Ley de Régimen Monetario y

Banco del Estado, expedida mediante Decreto-Ley 02, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 930 de 7 de mayo de 1992, decía:

“La Junta Monetaria determinará el sistema de cobro de comisiones financieras sobre las operaciones que realicen las instituciones del sistema financiero del país. (...)”

En ejercicio de tal potestad la Junta Monetaria expidió la Regulación No. 885-94 publicada en el Registro Oficial No. 420 de 14 de abril de 1994, en la que se establece, pues se encuentra aún vigente, que: “Art. 1.- Cada entidad del sistema financiero público y privado, determinará libremente la comisión o tasa por servicio que cause cada servicio o producto de los autorizados por la Ley”

El Art. 36 arriba comentado fue reformado mediante Ley No. 98-12 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 20 de 7 de septiembre de 1998, la cual en su Disposición General señala: “En todas las disposiciones legales que en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y en todas las demás leyes, que se refieren a la Junta Monetaria, a los miembros o al Presidente de la Junta Monetaria, deberá entenderse, en su orden, Directorio del Banco Central del Ecuador, miembros o Presidente del Directorio.”

Por efecto de la reforma arriba citada, el Art. 36 pasó a decir: “El Directorio del Banco Central del Ecuador determinará el sistema de cobro de comisiones financieras sobre las operaciones que realicen las instituciones del sistema financiero del país. (...)”, y, como ya se señaló, la Regulación dictada por la Junta Monetaria quedó vigente.

El Art. 36 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, **fue derogado expresamente** mediante la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (2000-4) publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000, derogatoria que se dio a través del literal e) del Art. 100, que dice: **“Deróganse todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a la presente Ley y, expresamente las siguientes: e) En la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado (...) los artículos (...), 36, (...)”**

Al eliminar la facultad del Directorio del Banco Central de regular el sistema de comisiones, el legislador no entregó tal facultad a ninguna otra entidad, lo cual a juicio de la Asociación implica que en la actualidad ninguna entidad pública de control, ni siquiera la Superintendencia de Bancos y Seguros, puede emitir Resolución o Regulación alguna que restrinja, elimine o regule la fijación del costo de las comisiones bancarias, por carecer de facultades constitucionales o legales para ello.

Por otra parte, es claro que el sistema económico que nos rige es el de economía social de mercado, como se señala en el primer Considerando de la Resolución de marras, pero también se ha de tener presente cuál es el significado que debe tener tal disposición constitucional.

Para el efecto es conveniente tomar lo que Martín Bassols Coma, en su texto “Constitución y Sistema Económico”, refiriéndose a las discusiones parlamentarias españolas, previas a la aprobación de la Constitución Española de 1978, dice respecto del Sistema de Economía Social de Mercado, “(...) *un sistema de economía de mercado socialmente avanzado, es decir, como **un sistema organizado bajo los principios de libertad y respecto a la iniciativa privada**, con estricta separación del*

*sector privado del sector público (...), **garantizando la estabilidad, impulsando su desarrollo** y suministrando libremente aquellos bienes que por sus características intrínsecas no puedan ser suministrados por las empresas privadas a través del mercado.”*

La definición dada contiene una verdad aceptada por la doctrina económica constitucional, cual es que el sistema de Economía Social de Mercado presupone el irrestricto respeto a los derechos de los agentes privados, derechos que no pueden ser violentados so pretexto de beneficiar a otros actores económicos, sean éstos públicos, consumidores, etc. Incluso la doctrina de interpretación constitucional -que no se funda sobre los mismos principios de la interpretación civilista- sostiene que las normas y principios constitucionales deben ser interpretados buscando la plena vigencia de todos, es decir garantizando la unidad de la Constitución a fin de que ninguno de los derechos en ella consagrados se vea conculcado a favor de otro.

Así en relación con lo anterior, se han pronunciado autores reconocidos en el ámbito constitucional como Javier Pérez Royo, Antonio Pérez Luño, Julio Cesar Trujillo, etc., anunciando la existencia de varios principios de interpretación constitucional, tales como los de unidad (no puede conducirse a una interpretación que invalide otras normas del texto constitucional), de eficacia (se deben rechazar todas aquellas interpretaciones que conduzcan a restar eficacia a los derechos constitucionales).

La Constitución Política de la República del Ecuador en el numeral 16 del artículo 23 establece: “La libertad de empresa, con sujeción a la ley.”, así como en el numeral 18 garantiza. “La libertad de contratación, con sujeción a la ley.”

Estos principios constitucionales, inspirados en el sistema económico que nos rige, el de “economía social de mercado” suponen, como antes ya se señaló, el respeto a los derechos de la libertad de empresa y de contratación; sin embargo, como también lo señala la norma constitucional, tales derechos encuentran su limitación en la ley.

La afirmación de que la limitación solo puede realizársela mediante ley, no es antojadiza ni tampoco responde al uso equivocado del término. Es decir que cuando el constituyente se refirió a la limitación mediante la ley, supuso que tal derecho solo podría ser limitado mediante la norma legal emitida por el legislador mediante el trámite establecido en la Constitución, y no quiso que la limitación pudiera realizársela mediante normas infra legales tales como Resoluciones, Ordenanzas, Acuerdos, etc. Por ello, la limitación al derecho constitucional que se da mediante tales normas no se ajusta a lo establecido por el constituyente y por lo tanto son inconstitucionales.

No obstante, el amparo constitucional que existe al derecho a la libertad de empresa se ha visto vulnerado a través de la Resolución objeto de esta comunicación, con la que la Junta Bancaria pretende restringir el derecho a la libertad de contratación, amparado también por la Constitución y regulado en el artículo 201 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, derechos que se traducen en la potestad de las partes de contratar todos aquellos aspectos que no riñan con la ley, la moral o las buenas costumbres.

En adición a las violaciones constitucionales y legales antes advertidas, se ha de tener en cuenta que la Carta Magna también señala que “Art. 23.- (...) 4.- Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por **la ley.**” (El

subrayado y la negrilla son de la Asociación). En el caso que nos ocupa, la Ley establece que las comisiones son de libre contratación, lo que significa que al restringirse un derecho mediante una norma de inferior jerarquía, como es una Resolución, no solo que se viola el principio de jerarquía de las normas, sino que además se obliga a las Instituciones Bancarias a dejar de hacer algo no prohibido por la Ley.

El principio de jerarquía de las normas, ampliamente conocido por todos, establece que una norma inferior no puede reformar a una de superior jerarquía; ese es uno de los pilares básicos de cualquier ordenamiento legal romano germánico, pues ello garantiza, entre otras cosas, lo que se denomina "Seguridad Jurídica".

Sin embargo de ello, a través de la norma contenida en la Resolución JB-2006-900, se infringe también dicho principio al pretender que una Resolución contravenga lo establecido en la Ley que regula el funcionamiento y las competencias de las instituciones financieras de la Junta bancaria y de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

La Carta Magna establece también en el numeral 1 del artículo 141 que se requerirá de la expedición de una ley para normar el ejercicio de los derechos y libertades consagrados en la Constitución. El derecho a la libertad de contratación de los servicios financieros ha sido normado en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y a través de ella se ha dejado establecida la total libertad de dicha contratación en lo que hace referencia a sus costos, por lo que la limitación ahora pretendida por la Junta Bancaria adolece de inconstitucionalidad también por esa razón.

Se debe advertir, señor Presidente, y a través suyo a todos los miembros de la Junta Bancaria, acerca de las responsabilidades que supone el ejercicio de tan altas dignidades, responsabilidades que entre otras cosas supone el respeto irrestricto a las normas legales y constitucionales que rigen el Estado Ecuatoriano, normas que garantizan derechos y establecen obligaciones y que no deben ser conculcadas a pretexto de beneficiar a una de las partes de las relaciones contractuales de la banca con sus clientes.

Por los argumentos legales señalados, que de una u otra forma han sido sostenidos también por funcionarios de la misma Superintendencia de Bancos y Seguros al ser inquiridos sobre la no intervención del organismo de control en la fijación de los costos de las comisiones, la Asociación de Bancos Privados del Ecuador, se permite solicitarle a usted y por su digno intermedio a los demás miembros de la Junta Bancaria la derogatoria del artículo 7, de la Sección II, Capítulo I, Subtítulo III, Título V de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria.

En la certeza de que la presente merecerá su pronta y favorable atención y acción, al tiempo que le reitero mis sentimientos de consideración y estima, suscribo.

Atentamente,

6

PE-384-2006

ECON. CÉSAR ROBALINO GONZAGA
Presidente Ejecutivo

Copia: Sres. Miembros de la Junta Bancaria individualizado.
Sres. Presidentes Ejecutivo, Gerentes Generales de los Bancos
Asociados
Sres. Miembros del Directorio
Sres. Responsables de los Departamentos Legales

CRG/ECHB/MBT/MRP/GCA
N:/PE-384-2006 Ref. Resl. JB-2006-900, Prohibición cobro comisiones