

SEÑORES MIEMBROS DE LA JUNTA BANCARIA

Dr. Jorge Egas
Peña

Doctor Jorge Egas Peña, en mi calidad de Superintendente de Bancos, dentro del expediente contentivo del recurso de revisión interpuesto por los Bancos Pacífico y Popular, a la Resolución # SB-99-104 por mí expedida el 4 de enero de 1999, ante ustedes comparezco y expongo:

1

Por un elemental principio de delicadeza me excuso de intervenir en la sesión de Junta Bancaria, al tratar en ella el punto referido al conocimiento y resolución del referito recurso.

Sin embargo, quiero dejar sentados los puntos de vista que determinaron la expedición de la antes mencionada resolución y refutar los argumentos que se han esgrimido en contra de la misma, a fin de que los señores miembros de la Junta Bancaria formen adecuadamente su criterio respecto a la validez de la misma, que compromete a una posición institucional.

11

La Resolución SB-99-104 fue expedida fundamentada en razones de carácter estrictamente jurídico, sin considerar la situación económico-financiera de la fusión en sí misma; ni su conveniencia o inconveniencia política o económica. El fundamento radicó en el Art. 210 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que dispone que las fusiones de las entidades financieras se regularán por la Ley de Compañías; y, esta establece en su Art. 387, que en todo aquello que no estuviere expresamente estipulado en la sección IX (fusiones) se estará a lo dispuesto para los casos de transformación; y, el Art. 377, además determina que el acuerdo de transformación (léase "fusión", por la remisión antes referida) solo obliga a los socios o accionistas que hayan votado a su favor; pues, los socios o accionistas no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la Compañía (léase también

fusión) tienen derecho a separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones, en conformidad con el balance a que se refiere el Art. 376 de la Ley de Compañías; esto es, al balance final cortado al día anterior al otorgamiento de la escritura de transformación (léase fusión), elaborando como si se tratase de un balance para la liquidación de la Compañía.

Precisamente a partir de tal interpretación, un grupo de accionistas del Banco del Pacífico, que no concurrió a la Junta General de Accionistas de tal entidad financiera, celebrada el 24 de noviembre de 1998, ejerció oportunamente el derecho de separación de la misma, por no conformarse con el acuerdo de fusión; y, exigió que se le reembolse el valor de sus acciones, de acuerdo al balance final que el Banco del Pacífico incorporó a la escritura de fusión.

Como Superintendente de Bancos negué la aprobación de tal escritura de fusión, aumento de capital y reforma de estatutos, por considerar que, de cumplirse con el derecho de separación y reembolso del valor de las acciones de los socios disidentes con cargo al capital, se vería afectado el nuevo capital y reformado estatutos de las compañías fusionadas, en la parte pertinente.

Lo dicho no conlleva un reconocimiento del derecho particular reclamado por los accionistas disidentes, sino para medida preventiva a fin de evitar que se afecte el capital y el patrimonio técnico de los entes fusionados; pues, en el evento de que sean reconocidos tales derechos y los mismos sean satisfechos con cargo a capital, se produciría un efecto negativo para la estabilidad de dicho ente financiero;

III

3.0.1. Respecto al fundamento jurídico de la Resolución SB-99-104, se han emitido una serie de criterios, por parte de distinguidos abogados, aún cuando los mismos no coinciden. A saber:

- a) Que el derecho de separación no procede en los casos de fusión (Doctores Ricardo Muñoz, Fabián Corral y Edgar Terán).
- b) Que el derecho solo existe en los casos de fusión por unión. No en los de fusión por absorción (Doctores Emilio Romero y Patricio Maldonado).

- c) Que el derecho de separación existe para todos los casos de fusión, sea por unión o por absorción (Doctores Miguel Andrade, Roberto Salgado, Esteban Córdoba, Miguel Macías Hurtado, Luis Cabezas Parrales, Wladimiro Villa. ,a, Abogado León Roldós). Anexo #1.

Tales criterios, que constan del correspondiente expediente, evidencian la diversidad de opiniones que existe sobre el mismo tema, aún cuando, la Superintendencia de Compañías. que es el organismo de control que administra la Ley de la Materia. sostiene el criterio de que el derecho de separación exista para ambos casos de fusión. por unión o absorción. criterio que ha venido observando invariablemente desde la expedición de La Ley, como consta del Oficio que me dirigiera su titular doctor Xavier Muñoz Chávez, cuya copia anexo con el # 2.

- 3.0.2. No nos vamos a detener en el análisis de los criterios que niegan la procedencia del ejercicio del derecho de separación en las fusiones; pues, no se apoyan en la Ley positiva, sino en consideraciones de conveniencia o inconveniencia económica; en la circunstancia de que no existe una mención expresa en la Ley que la posibilite; que en otras legislaciones se ha abolido este derecho, etc. Todas son opiniones muy valiosas para cuando se introduzca una reforma legal, pero mientras no se la haga, la remisión existente en el Artículo 387 de la Ley de Compañías es imperativa.

Respecto a la segunda posición; esto es, que sí procede el derecho de separación en las fusiones por unión, pero no en las fusiones por absorción, fundamentada en el Art. 386 de la Ley de Compañías, disposición que supuestamente no incluye la obligación de adjuntar el balance final de las compañías absorbentes, y, consecuentemente, si no existe tal obligación, mal puede ejercerse el derecho de separación.

Una lectura detenida de la referida disposición legal nos permite colegir que la conclusión es errada, pues, la referida disposición legal se refiere a la incorporación del balance final de las compañías "fusionadas", y, estas lo pueden ser por unión o absorción; a parte de que el Art. 376 de la Ley de Compañías aplicable de acuerdo a la remisión antes referida-, exige ingene-

re la incorporación de los balances de las compañías transformadas (léase fusionadas).

Además, el Reglamento de fusiones expedido por la Superintendencia de Compañías, expresamente establece en un Art. 13 (Registro Oficial # 566 del 11 de noviembre de 1994), que "a la escritura de fusión se agregarán los balances finales de las compañías absorbentes y absorbidas", " Anexo # 3.

Conforme a este criterio se ha procedido siempre en la Superintendencia de Bancos, conforme aparece del listado de entes financieros fusionados que se adjunta como Anexo # 4.

Además!, si se revisa la escritura de fusión de los Bancos Popular y Pacífico, se comprobará que también se ha incorporado el balance final de la compañía absorbente, en acatamiento a la Ley y reglamento antes referido, y en mérito a lo afirmado por los distinguidos juristas que sostienen que, no existiendo la obligación de incorporar el balance final de la compañía absorbente, no existe el derecho de separación o receso en las fusiones por absorción.

IV

Se ha pretendido sostener por los recurrentes que la Resolución SB99-104 es improcedente porque habría operado el silencio administrativo; porque la Resolución carece de motivación; porque el Superintendente de Bancos no tenía capacidad legal para dictarla, etc.

Al respecto conviene considerar:

4.0.1 SILENCIO ADMINISTRATIVO.- Los recurrentes pretenden amparar su tesis en el Art. 28 de la Ley de Modernización que dispone que toda solicitud o petición efectuada a una autoridad pública, debe ser atendida en el término de quince días; pues, en caso contrario, opera el silencio administrativo.

Si se analiza la escritura de fusión (cláusula undécima), se encontrará que los propios recurrentes solicitaron al Superintendente de Bancos que no se aprobara la aludida fusión, aumento de capital y reforma de estatutos antes del día (sábado) 2 de enero

de 1999); y, así lo hice el primer día hábil del año, posterior a la fecha por ellos señalaba, esto es el 4 de Enero de 1999, por lo que cumplí oportunamente con tal solicitud.

Tal hecho debe entenderse como un acto de renuncia voluntaria de los recurrentes a invocar el silencio administrativo, lo que definitivamente enervaría su afirmación de que habían transcurrido más de quince días desde que se presentó la solicitud de aprobación de la referida escritura (27 de noviembre de 1999).

Pero si tal argumento no fuera suficiente, es preciso tener presente que el Art. 10 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero concede al Superintendencia de Bancos el término de sesenta días para tramitar y resolver la solicitud de aprobación de la escritura de constitución de un ente financiero; y, la fusión es un acto que se somete a las mismas reglas de la constitución, según el Art. 33 de la Ley de Compañías; por lo que dicho plazo no había fenecido cuando yo emití la Resolución SB-99-104 del 4 de enero de 1999).

Pero para que no parezca que ha existido morosidad o desidia en atender lo solicitado por los recurrentes, dejo expresa constancia que el expediente fue tramitado en un mes de muchas interrupciones, por los feriados de aniversario de la fundación de la ciudad de Quito, Navidad y Año Nuevo; así como por el reclamo de los socios disidentes, incluido su traslado y contestación de los recurrentes; así como por efecto de la reunión con ellos mantenida en la ciudad de Guayaquil, el 29 de diciembre de 1998, a fin de buscar un posible avenimiento entre las partes, en que me solicitaron que atiende su petición, favorable o negativamente, a la brevedad posible, habiéndonos comprometido a hacerlo el lunes 4 de enero de 1999, conforme lo cumplí.

En consecuencia, de ninguna manera operó el silencio administrativo; y, si así lo estimaron seriamente los recurrentes, debieron proceder a inscribir y publicar el extracto de la referida escritura de fusión, aumento de capital y reforma de estatutos, sin necesidad de deducir el recurso objeto de vuestro conocimiento.

4.0.2. FALTA DE MOTIVACION DE LA RESOLUCION SB-99-104. La sola lectura de la referida resolución nos liberaría de todo co-

mentario, sin embargo, de un ligero recorrido sobre sus considerandos se podrá apreciar que la parte resolutive de la misma se desprende de una bien hilvanada motivación, que comenzando con consideraciones de hechos (presentación de la escritura de fusión, aumento de capital y reforma de estatutos para su aprobación por parte del Superintendente de Bancos y la solicitud de protección de un grupo de accionistas que había ejercido el derecho de separación del Banco del Pacífico, por efecto mismo de la fusión, exigiendo el reembolso de sus acciones, de acuerdo al balance final incorporado a dicha escritura y la negativa del Banco del Pacífico a aceptar dicho reclamo, termina examinando las consideraciones de derecho (procedencia del derecho de retiro o separación en las fusiones), para concluir en la parte resolutive negando la aprobación solicitada, por estimar que, en el evento de que el Banco del Pacífico reconozca y pague el valor de las acciones cuyo reembolso se solicita con cargo a capital, éste se vería disminuido, afectando la fusión, el aumento de capital y la reforma de estatutos cuya aprobación se pide.

Mejor motivada no podía estar la resolución ahora impugnada, careciendo de todo valor la argumentación esgrimida en contra de la misma, por estimar que la sola referencia a la negativa del Banco del Pacífico a aceptar el reclamo de los socios disidentes no era suficiente, debiendo ---según dicen--- examinar los puntos de vista en que la misma se fundamenta.

De tal análisis aparece claramente que estuvieron cumplidos los requisitos exigidos en el Art. 24 # 13 de la Constitución Política, al decir: "Las Resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas, No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado. y si no se explicare la pertenencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".

- 4,0,3 SOBRE LA SUPUESTA INCOMPETENCIA DEL SUPERINTENDENTE DE BANCOS,- Se ha pretendido sostener que, existiendo un impasse o controversia legal entre el Banco del Pacífico y los socios del mismo que ejercieron el derecho de separación o retiro, la dilucidación del caso debió correr a la justicia ordinaria y no al ámbito administrativo.

Al respecto, es preciso aclarar que en la resolución impugnada no existe reconocimiento de derecho subjetivo alguno; pues, el Superintendente de Bancos se limitó a desaprobando un determinado acto societario, por los riesgos que tal aprobación podía conllevar de reconocerse y pagarse, con cargo a capital, el reembolso que los accionistas disidentes reclamaban del valor de sus acciones.

Tal pronunciamiento está fundamentado en el Art. 182 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que en sus literales a) y b) reconocen la facultad del Superintendente de Bancos para aprobar los estatutos sociales de las instituciones del sistema financiero privado y las modificaciones que en ellos se produzca; así como para velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las instituciones sujetas a su control y, en general, que cumplan las normas que rigen su funcionamiento.

Además el Art. 16 de la Ley en mención dispone que las instituciones del sistema financiero privado, una vez establecidas, requerirán de la autorización de la Superintendencia para fusionarse con otras sociedades o para reformar sus estatutos sociales.

En consecuencia, el Superintendente de Bancos tuvo plena facultad y capacidad para pronunciarse ante la solicitud planteada por los ahora recurrentes; y es lógico que, si tenía facultad para aprobar la escritura de fusión, aumento de capital y reforma de estatutos, también tenía facultad para desaprobala; más aún, si consideramos que era de su obligación velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las instituciones sujetas a su control; y, en general, que cumplan las normas que rigen su funcionamiento; y, en la especie, tal situación no se habría dado si se otorgaba la aprobación solicitada; pues, no solo que el capital de los entes fusionados quedaba expuesto a una drástica reducción, al reembolsarse el valor de las acciones de los accionistas disidentes; sino que además, se estaría atentando contra un derecho de la minoría, que por ley está obligado a proteger; sino que, además, se violentaría la norma contenida en el Art. 21 de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, que dispone:

"El estado, a través de todos los organismos y más entidades del sector público, velará para que la inversión nacional y extranjera

se desarrolle con toda libertad y garantías establecidas en la Constitución Política de la República y en el marco legal y normativo del País".

Los cinco socios disidentes, fondos de inversión extranjeros que representan a una multitud de personas, invirtieron en el Ecuador con vista a un determinado marco legal y normativo, que al no haber sido cambiado, tiene que ser respetado; pues, en caso contrario, a más de violarse un derecho subjetivo, se produce inseguridad jurídica y se ahuyenta la inversión extranjera, que el Estado está empeñado en fomentar.

Pero si no fuera suficiente lo dicho, es preciso recordar que el Superintendente de Bancos tiene, con respecto a las entidades financieras sujetas a su control, las mismas facultades que posee el Superintendente de Compañías (Art. 218 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero), y, a éste corresponde, entre otras facultades, la de proteger a la minoría cuando comprobare que se han violado los derechos de los socios o se ha contravenido el contrato social o la Ley, en perjuicio de la propia compañía, de sus socios o de terceros (Art. 441 Ley de Compañías).

Además según la disposición legal últimamente citada, la vigilancia y control de las compañías comprende los aspectos, jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables; por lo que, no existe duda alguna, que en uso de tales atribuciones el Superintendente de Bancos tuvo plena facultad para negar la aprobación de la escritura de fusión, aumento de capital y reforma de estatutos de los Bancos Pacífico y Popular, en cuya resolución pesaron las consideraciones que he expuesto.

Atentamente
DIOS, PATRIA y LIBERTAD

Dr. Jorge Egas Peña
SUPERINTENDENTE DE BANCOS

RESOLUCION No. SB-99-104

JORGE ECAS PEÑA
SUPERINTENDENTE DE BANCOS

CONSIDERADO:

Que el 27 de noviembre de 1998, los señores Arturo Quiroz Martín y Dr. Alvarado Bayas Cevallos, a nombre de los Bancos del Pacífico S. A. y del Banco Popular del Ecuador C. A., solicitan la aprobación de la escritura pública de fusión por absorción, aumento de capital y reformas de estatutos de las referidas entidades financieras, la misma que fue autorizada por el Notario Quinto de Guayaquil, el 24 de noviembre de 1998, la cual contiene las actas de las sesiones de Junta General de las referidas entidades financieras de la misma fecha y los correspondientes balances.

Que el 15 de diciembre de 1998, LATINVEST PARTINERS, LATINVEST FUND, LATINVEST STRATEGIC INVESTMENT FUND Y NORTHERN TRUSTCO, invocando su calidad de accionistas el Banco del Pacífico S. A., que representan en su totalidad 149'414.041 acciones equivalente al 12.14% de su capital social, comunican a este despacho que el 9 de diciembre de 1998 habían comunicado al representante legal de dicho banco su decisión de ejercer el derecho de separación que les concede el Art. 377 de la Ley de Compañías; y, en consecuencia, solicitaron que les sea reembolsado el valor de sus acciones de conformidad con el balance que fue incorporado en la escritura pública que contiene la absorción al Banco Popular del Ecuador C. A., antes referida.

Que, el 22 de diciembre de 1998 BEAR STERS SECURITY CORP, invocando la calidad de titular de 19'030.458 acciones de capital suscrito y pagado del Banco del Pacífico, participa a este Despacho igual decisión, la misma que alegan haberla comunicado el representante del Banco del Pacífico S. A., el 9 de diciembre de 1998.

Que las recurrentes manifiestan no haber recibido contestación alguna del Banco del Pacífico S. A., ante cuyo silencio, que interpretan como desconocimiento de su derecho, solicitan al Superintendente de Bancos que se ordene al Banco del Pacífico S. A., cumpla con su obligación de pagar el valor que tiene cada una de sus acciones según el balance que

se incorpora en la escritura de absorción del Banco Popular del Ecuador C. A.; pues tal negativa es violatoria de la Ley y lesiona sus derechos de accionista.

Que el artículo 387 de la Ley de Compañías, aplicable de conformidad con el Art. 210 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, dispone que, en lo que no esté expresamente resuelto para las fusiones, deben aplicarse las normas contenidas en la misma Ley de Compañías para los casos de transformación de sociedades.

Que el arto 377 de la Ley de Compañías establece el derecho de receso o retiro de los accionistas inconformes para los casos de transformación de Compañías y aplicable, en consecuencias, para los casos de fusión de las mismas; pues no existe en nuestra legislación norma expresa alguna que los excluya.

Que el arto 377 de la Ley de Compañías establece que el acuerdo de transformación (idem el de fusión) solo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor, por lo que los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la Compañía (ídem a la fusión), tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo 376.

En la especie, los recurrentes manifiestan no haber concurrido a la Junta General del Banco del Pacífico S. A., celebrada el 24 de noviembre de 1998 en cuya sesión se acordó la fusión por absorción del Banco Popular del Ecuador C. A.

Que la aprobación de la escritura de fusión por absorción, aumento de capital y reforma de estatutos a que se refiere el primer considerando, se vería afectada, especialmente en la parte referida al nuevo capital fijado, al cumplirse con la obligación de reembolsar a los recurrentes el valor de sus acciones de conformidad con el balance incorporado a la misma.

Que corresponde a la Superintendencia de Bancos vigilar que las instituciones por ella controladas cumplan las normas que rigen su funcionamiento; así como velar porque se cumplan las disposiciones legales encaminadas a la tutela de los derechos de los socios o accionistas y de terceros.

En uso de las atribuciones legales

RESUELVE

ART. PRIMERO.- Negar la aprobación de la escritura pública de fusión por absorción de capital y reforma de estatutos presentada por el Banco del Pacífico S. A: y el Banco Popular del Ecuador c.a., por cuanto, al haberse ejercido el derecho de separación por parte de un grupo de accionistas del Banco de Pacífico S. A., de conformidad con los artículos 387 y 377 de la Ley de Compañías, hay lugar al reembolso del valor de sus acciones de acuerdo con el balance que consta en la escritura pública de referencia, lo cual incide en el monto de nuevo capital social, fijado en ella; el mismo que requerirá ser disminuido en la fusión correspondiente, en la parte que se lo haga con cargo a capital.

ART. SEGUNDO.- Disponer que el Notario Quinto del Cantón Guayaquil, Ab. Cesáreo Condo Chiriboga, sienta al margen de la matriz y copias de la escritura pública de 24 de noviembre de 1998, la razón de que mediante la presente resolución se ha procedido a negar la aprobación de disolución anticipada del Banco Popular del Ecuador C. A., así como a la fusión por absorción a dicha entidad por parte del Banco del Pacífico S. A.

ART. TERCERO.- Disponer que se notifique con el contenido de la presente resolución a los representantes legales de los Bancos Pacífico y Popular respectivamente.

COMUNIQUESE.- Dada en la Superintendencia de Bancos, En Quito Distrito Metropolitano, a los cuatro días del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Dr. Jorge Egas Peña
SUPERINTENDENTE DE BANCOS

Proveyó y firmó la resolución que antecede el doctor Jorge Egas Peña, Superintendente de Bancos, en Quito Distrito Metropolitano, a los cuatro días del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve. LO CERTIFICO.

Dr. Luis Larrea Benalcázar
SECRETARIO GENERAL