

## SEÑORES MIEMBROS DE LA JUNTA BANCARIA

Dr. Roberto Illingworth Cabanilla

Doctor ROBERTO ILLINGWORTH CABANILLA, abogado en mi condición de mandatario de GLOBAL VEST MANAGEMENT CO. y de BEARN STERN5 SECURITY CORP., en el expediente formado por el Recurso de Revisión presentado por el BANCO DEL PACIFICO S. A. y el BANCO POPULAR DEL ECUADOR S. A. (con el que impugnan la Resolución 5B-99-104, expedida por el señor Superintendente de Bancos) a ustedes respetuosamente manifiesto:

He tenido conocimiento que el BANCO DEL PACIFICO S. A. y el BANCO POPULAR DEL ECUADOR S. A. han interpuesto un Recurso de Revisión respecto de la resolución SB-99-104, expedida el 4 de enero de 1999 por el señor Superintendente de Bancos, en la que dicha autoridad negó la pretendida fusión por absorción del BANCO DEL PACIFICO S. A. al BANCO POPULAR DEL ECUADOR S. A. usando el siguiente razonamiento:

"por cuanto, al haberse ejercido el derecho de separación por parte de un grupo de accionistas del Banco del Pacífico S. A., de conformidad con los artículos 387 y 377 de la Ley de Compañías, en 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 del 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".

Así las cosas, como mandatario que soy de GLOBALVEST MANAGEMENT CO. y de BEARN STERN5 SECURITY CORP, quienes a su vez, representan a los accionistas que ejercieron el Derecho de Receso aludido por el señor Superintendente de Bancos, comparezco ante ustedes para oponerme a la revocación de la resolución por éste expedida. revocación que, en definitiva constituye la pretensión principal de los bancos recurrentes.

Mi oposición la fundo en lo siguiente:

## 1. SOBRE EL DERECHO DE RECESO EN LOS CASOS DE FUSION

El principal argumento de los bancos recurrentes es que en el Ecuador no existe el denominado Derecho de Receso para los accionistas en casos de fusión. Esa conclusión a la que llegan los bancos recurrentes no sólo contraviene el claro tenor de la Ley de Compañías, sino que contra el espíritu de sus disposiciones, como demuestro enseguida:

1. La sección IX de la Ley de Compañías regula actualmente tres instituciones jurídicas relativas a las sociedades: la transformación, la fusión y la escisión. Y, el artículo 387 de dicha Ley, comprendido en el apartado 2 de la indicada Sección IX, dedicado a la fusiones, declara que:

"En aquello que no estuviere expresamente estipulado en esta sección, se estará a lo dispuesto para los casos de transformación".

Y, entre las normas contenidas en la Ley de Compañías para la transformación, existe una que establece (Art. 377) lo que la doctrina denomina Derecho de Receso. Este derecho es aplicable a las fusiones en virtud de lo que dispone el antes transcrito artículo 387 de la Ley de Compañías, pues en el capítulo de dicha ley que gobierna a las fusiones absolutamente nada se dice respecto de él. Luego, ante el silencio de la Ley, opera con todo vigor la remisión antes indicada, de tal manera que dicho Derecho de Receso es aplicable también en las fusiones y no sólo a las transformaciones.

2. ¿Qué han dicho frente a esta innegable realidad los bancos recurrentes? Pues sencilla y llanamente que la norma que consagra el Derecho de Receso no es aplicable a las fusiones porque la remisión que hace el ya citado artículo 387 de la Ley de Compañías sólo se refiere a aquellas normas relativas a la transformación que sean compatibles a la naturaleza de la fusión. Y, por supuesto, agregan que no es compatible con una fusión el Derecho de Receso. ¿Por qué? Pues porque a ellos se les ocurre. Así de simple.
3. Voy a demostrar a continuación lo inconsistente de la tesis de los bancos recurrentes:

La Ley de Compañías del Ecuador tiene como fuente de Ley española de 1951, que consagraba, sin lugar a ninguna duda, el Derecho de Receso para los casos de fusión, como una forma de protección a las minorías. Y tal Derecho de Receso exista para las dos clases de fusión esto es, la fusión propia (o por unión) y la fusión impropia (o por absorción),

Luego, es descabellado afirmar que el Derecho de Receso es ajeno a la naturaleza de las fusiones, y ni siquiera esa afirmación es predicable de las fusiones por absorción, que es el caso que actualmente nos preocupa. La razón es muy simple: los accionistas de la sociedad absorbente pueden ver modificada sustancialmente la situación patrimonial de la compañía de la Que son socios, y, en consecuencia, deben tener derecho -y la ley ecuatoriana en efecto se los concede- a separarse de esa sociedad modificada sin su consentimiento,

Coincide con lo expuesto el ilustre catedrático español don MANUEL BROSET A PONT, quien explica el caso con las siguientes palabras:

accionistas de una sociedad para ser lo de otra distinta. Ante esta alteración de la bases del originario consentimiento que prestaron para ingresar en la sociedad de la que forman parte, existen dos clases de accionistas.

La primera está integrad 1 por aquellos que votaron a favor del acuerdo de fusión, los cuales han aceptado por ello la alteración de la base de su consentimiento y su conversión en accionistas de la sociedad resultante de ella.

La segunda es la de los accionistas que, ausentes de la Junta o disidentes del acuerdo de fusión, no han prestado su consentimiento a esta esencial transformación de su condición de accionistas, El legislador no ha querido someter a estos accionistas a la fusión sin su voluntad o en contra de ella, por lo cual les concede el reembolso de su participación en el patrimonio social. a no ser que en los plazos que establece la Ley (uno o tres meses) manifiesten su volumen

tad de adherirse a la sociedad resultante después de la fusión (cfr. arts. 144 y 135).

Este derecho de separación, realmente indispensable para tutelar convenientemente a los accionistas, en muchas ocasiones dificulta sin embargo extraordinariamente las fusiones que se proyectan. Precisamente por ello, la Ley de 5 de diciembre de 1968 ha reducido a un mes de plazo para ejercitar el derecho de separación y para su ejercicio deberán manifestar su voluntad de separarse de la sociedad". (MANUAL DE DERECHO MERCANTIL, 6º edición, Tecnos, Madrid, página 297).

Como puede observarse, para BROSETA PONT el Derecho de Receso en los casos de fusión es "realmente indispensable para tutelar convenientemente a los accionistas", y, si bien cree que el ejercicio de dicho derecho puede dificultar el perfeccionamiento de la fusión, en ningún caso admite que se lo elimine. Se limita a recordar que, para su ejercicio, simplemente conviene reducir los plazos de presentación del respectivo reclamo a un mes, cuestión que, por lo demás, no preocupa en el Ecuador, pues nuestra ley establece que dicho derecho debe ser ejercido en 15 días.

También GARRIGUE.S, con toda su autoridad, coincide en lo esencial con el profesor BROSETA cuando afirma que:

"La fusión ya acordada afecta, por supuesto, a la posición jurídica de los socios y de los terceros acreedores de las sociedades que se fusionan".

(CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Reimpresión de la 7º edición, Tomo 11, Temís, Bogotá, página 305).

Y, en verdad, GARRIGUES está lleno de razón, pues, reitero, los accionistas de la sociedad que se fusiona, aún cuando sea por absorción, pueden ver modificar sustancialmente la situación patrimonial de la compañía de lo que son socios, y en consecuencia, deben tener derecho a separarse de esa sociedad modificada sin su consentimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, con la finalidad de proteger a las minorías, que pueden ver, sin su consentimiento, modificada

sustancialmente la sociedad de que son parte, el Preámbulo del Anteproyecto de Ley española de Sociedades Anónimas de 1951, fuente de la ecuatoriana, preparado por el Instituto de Estudios Políticos, proclamaba que:

"este derecho de separación, inspirado en el modelo italiano, representa el antídoto de los poderes ilimitados de la junta de accionistas","

Con los antecedentes expuestos, ¿puede afirmarse, seriamente, que la ley ecuatoriana no contempla el Derecho de Receso para los casos de fusión? Evidentemente no,

4. Tan cierto es lo que he afirmado, que uno de los ilustres abogados consultado por los bancos recurrentes, el doctor EMILIO ROMERO PARDUCCI, afirma que la remisión que, respecto de las fusiones, hace el artículo 387 de la Ley de Compañías a las normas sobre transformación, engloba también el Derecho de Receso, aunque advierte que, en su opinión la única excepción a la aplicación de dicho derecho es el de los socios de las compañías absorbentes, por motivos que más adelante analizaré. Pero, por ahora, lo importante es destacar que dicho prestigioso jurista reconoce que el Derecho de Receso no es ajeno a la naturaleza de las fusiones, tesis que contradice, abiertamente, a los conceptos exhibidos por los bancos recurrentes,

Para mayor abundamiento, me permito transcribir el párrafo pertinente del informe elaborado por el doctor ROMERO PARPUCCI:

"... en la fusión solamente opera el Derecho de Receso en las Compañías fusionadas que se extinguen para formar una nueva sociedad y en las Compañías absorbidas que se disuelven para incorporarse al patrimonio de una Compañía ya existente, denominada Compañía absorbente o Compañía incorporante." (Informe al Banco Popular, enero 7 de 1999, página 18).

En síntesis, la opinión del doctor ROMERO PARDUCCI, en la que han sustentado los bancos recurrentes su recurso, quita piso al argumento por ellos usado (que el Derecho de Receso supuestamente es ajeno a la naturaleza de las fusiones), pues el doctor ROMERO ni

¿Cuál es la razón en la que se apoya a el doctor ROMERO PARDUCCI para sustentar su opinión de que existe Derecho de Receso en los casos de fusión, excepto para los socios de la compañía absorbente? En síntesis, en que uno de los elementos estructurales de dicho Derecho de Receso es el balance final que debe incorporarse en la escritura pública respectiva (pues dicho balance final es el que sirve para determinar el valor que debe reembolsarse al socio precedente) y que el artículo 386 de la Ley de Compañías no exige que la compañía absorbente incorpore tal balance final en la escritura pública que contiene el acto de absorción. Luego, concluye el doctor ROMERO PARDUCCI, la razón por la que no se exige a la compañía absorbente la incorporación de tal balance final es porque los socios de dicha sociedad absorbente no tienen Derecho de Receso.

Sin embargo, y con el respeto que me merece la opinión de tan distinguido abogado, me permito disentir de su criterio. Expongo mis razones a continuación:

Comienzo citando el texto del mencionado artículo 386:

"Cuando una compañía se fusiones o absorba a otra y otras la escritura contendrá, además del balance final de las compañías fusionadas o absorbidas, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la compañía absorbente y el número de accionistas que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas".

De la lectura de la norma transcrita concluye el doctor ROMERO que los únicos balances que deben incorporarse a la escritura de fusión son los de las compañías que se disuelven en los casos de fusión por unión (compañías fusionadas) o los de la compañía absorbida, en los casos de fusión por absorción, y no los de la compañía absorbente, circunstancia de la que infiere que los socios de dicha absorbente no tienen Derecho de Receso, por no incorporarse el balance de ésta en la escritura respectiva.

Me permito disentir de esa opinión: cuando la ley de Compañías establece que a la escritura de fusión deben incorporarse los balances de las compañías fusionadas o absorbidas, usa el primer vocablo (fusionadas) como un género que engloba no sólo a las compañías que se unen para formar una nueva (que es la interpretación del doctor ROMERO), sino también a las compañías que se fusionan mediante la absorción de otra u otras. Luego, cuando la ley exige la incorporación del balance de las compañías fusionadas se refiere también al de la sociedad absorbente o incorporante.

La propia Superintendencia de Compañías ha reconocido que el balance de la sociedad absorbente debe incorporarse a la escritura de fusión, lo que confirma que mi interpretación del artículo 386 de la Ley de Compañías es acertada. En efecto, según el artículo 13 de la Resolución 94.1.3.3.0008, publicada en el Registro Oficial del 11 'de noviembre de 1994:

"A la escritura de fusión se agregarán los balances finales de las compañías absorbente y absorbida o absorbidas y el balance consolidado, cerrados el día anterior al del otorgamiento de la respectiva escritura",

lo que no deja duda alguna en torno no sólo de la obligación que existe de incorporar a la escritura de fusión el balance de la compañía absorbente, sino, fundamentalmente, que los socios de dicha sociedad absorbente tienen derecho a separarse de ella, Como en los otros casos de fusión.

Tan cierto es lo anterior, que el balance final del propio Banco del Pacífico fue incorporado en la escritura pública de fusión. Más pruebas no puede pedirse.

5. Otro argumento que han usado los bancos recurrentes es que la remisión que hace el artículo 387 de la Ley de Compañías (en virtud del cual se aplican a las fusiones las normas de la transformación) sólo opera en los casos en que el capítulo que regula a las fusiones no contiene una norma expresa sobre un determinado caso específico. Hasta ahí comparto ese criterio.

Pero lo que no puede aceptarse es lo que agregan los bancos recurrentes, esto es, Que en las normas sobre fusiones supuestamente

sí existe una norma EXPRESA que excluye el Derecho de Receso (afirmación de la que infieren, con su propia lógica, que el Derecho de Receso está excluido totalmente en los casos de fusión).

¿Cuál es la norma expresa que, según afirman los bancos recurrentes, excluye el Derecho de Receso en los casos de fusión? Pues nada menos que nuestro ya conocido artículo 386 de la Ley de Compañías, cuyo texto me permito volver a transcribir:

"Cuando una compañía se fusione o absorba a otra u otras, la escritura contendrá, además del balance final de las compañías fusionadas o absorbidas, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la compañía absorbente y el número de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas".

Leído nuevamente ese artículo de la Ley, ¿puede alguien, y lo pregunto francamente, siquiera pensar que esa es una norma expresa que excluye el Derecho de Receso en los casos de fusión? Evidentemente no.

¿Cuál es, entonces, el argumento que han usado los bancos recurrentes para sostener semejante absurdo? Pues que la norma transcrita no establece que en la escritura de fusión debe constar la lista de los accionistas que ejercieron el Derecho de Receso, requisito que sí es exigido por el artículo 376 de la Ley de Compañías respecto de la escritura de transformación. En consecuencia, agregan los recurrentes, tal omisión debe entenderse en el sentido de que no existe Derecho de Receso para los casos de fusión. ¡Vaya manera audaz de entender la ley!.

No sólo porque el citado artículo 386 en ninguna de sus partes declara, expresamente, que en la fusión no existe Derecho de Receso, sino, adicionalmente, porque tampoco ahí se declara que en las escrituras de fusión no puede incorporarse la lista de los socios precedentes. Es más, la obligación de incorporar esa lista fluye, en realidad, de lo que dispone el artículo 376 de la misma Ley de Compañías (incluido en el capítulo de la Transformación) que es aplicable a las fusiones por la tantas veces referida remisión contenida en el artículo 387 de la misma Ley, pues es evidente que,



si el propio Derecho de Receso en las fusiones nace de una remisión (al artículo 377), con más razón son de aplicación también las cuestiones accesorias o relacionadas con él (como la incorporación a la escritura de la lista de socios precedentes).

Y, para que no quede ninguna duda de lo que digo, acudo nuevamente al criterio del doctor EMILIO ROMERO PARDUCCI, usado por los bancos recurrentes para apoyar su recurso, quien reconoce, él sí en forma expresa. Que, por regla general, en las fusiones existe Derecho de Receso. Luego, si tal derecho existe, es evidente Que no hay norma expresa que lo excluya con carácter general.

6. Hay que estudiar ahora el asunto que ha sido motivo de gran escándalo público por los recurrentes, y, me atrevería a decir, es en realidad el punto central de su defensa. Me refiero al valor que debe reembolsarse al socio que ejerce el Derecho de Receso. La posición de los bancos recurrentes ha sido que, sin bien la Ley de Compañías manda (Art. 377) que ese valor sea el establecido en el balance final incorporado en la escritura pública respectiva, esa disposición no puede aplicarse cuando las acciones de la compañía se cotizan en el mercado bursátil, pues, afirman, en ese caso el valor tiene, necesariamente, que ser fijado por el mercado.

¿En qué norma legal basan los recurrentes semejante afirmación? Pues en ninguna. Simplemente eso es así porque a ellos les conviene, o les viene en gana. Da igual.

En cambio, yo voy a demostrar que el sistema legal ecuatoriano rechaza la afirmación de los recurrentes. Y voy a hacer, como corresponde, citando concretas normas legales:

Para empezar, conviene recordar que, según la Ley de Mercado de Valores, en cuyo articulado cuidadosamente han omitido apoyarse los bancos recurrentes, las acciones admitidas a cotización bursátil no pueden ser objeto de negociaciones privadas. esto es, fuera de la bolsa de valores respectiva. Y es tan estricta esta disposición (Art. 32) que declara que cualquier negociación privada, independientemente del porcentaje que represente en el capital de la compañía emisora, es nula.

Sin embargo, ese mismo artículo 32 de la Ley de Mercado de Valores establece, expresamente, que están exceptuadas de negociación

bursátil:

"las transferencias de acciones originadas en fusiones, escisiones, herencias, legados, donaciones y liquidaciones de sociedades conyugales o de hecho".

Luego, lo primero que hay que tener presente es que, pese a que estén cotizadas en bolsa, están exceptuadas de ser negociadas a través de ese mecanismo las acciones cuando su transferencia es consecuencia de una fusión. / Y cuándo una acción es transferida como Consecuencia de una fusión? Pues precisamente en los Casos en que se ha ejercido el Derecho de Receso, de tal manera que el socio precedente transfiere, a la compañía respectiva, las acciones de que aquel era titular.

Consecuencia de 10 expuesto es que, no sólo que la reciente Ley de Mercado de Valores (que no tiene ni 6 meses de expedida) reconoce la existencia del Derecho de Receso en los casos de fusión, sino que, además, expresamente excluye, a las transferencias de acciones que son consecuencia del ejercicio de ese derecho, de la obligación de acudir a las reglas del mercado de valores, con lo que el argumento exhibido por los bancos recurrentes una vez más queda sin piso, reitero, no sólo porque ninguna ley en forma expresa ha modificado 10 que dispone el artículo 377 de la Ley de Compañías (que el reembolso debe hacerse conforme al balance final), sino, sobretodo, porque la propia Ley de Mercado de valores excluye a estas transferencias de las reglas del mercado bursátil.

Y, por acaso, que no se venga a decir que las transferencias de acciones originadas en fusiones a las que se refiere la Ley de Mercado de Valores no son las efectuadas por el socio, precedente, sino las realizadas por la compañía nueva a sus socios o por la compañía absorbente a quienes eran socios de la absorbida, pues, en tal casos, no existe transferencia alguna de acciones sino adquisición a título originario por parte de esos nuevos socios. Al respecto, véase las enseñanzas de MESSINEO, profesor de la Universidad de Milán, quien con lucidez explica:

"La adquisición de la acción que el suscriptor hace, es adquisición título originario, en cuanto la acción viene a pertenecer a alguno, precisamente mediante la suscripción; el derecho sobre la acción no deriva al socio de un anterior derecho de la sociedad, ya que la

sociedad, como eminente, no tiene ningún derecho sobre la acción, antes de emitir; y, en el momento en que la emite, aquella corresponde exclusivamente, y por primera vez, a alguno: o sea, de socio."

(Derecho Civil y Comercial, Tomo V, Traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEa, Buenos Aires, 1979, página 373).

Por lo expuesto, no queda duda alguna que las transferencias de acciones en casos de fusión a las que se refiere el artículo 32 de la Ley de Mercado de Valores son las que efectúan el socio precedente. La razón es muy simple: las acciones que emite la compañía nueva o la absorbente son adquiridas a título originario por los socios, y no como consecuencia de transferencia alguna. Este principio lo reconoce la propia Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que en su artículo 45 considera actos jurídicos de naturaleza diversa a la suscripción y a la transferencia de acciones (llamando suscriptor y cesionario, respectivamente, a quien adquiere las acciones por una u otra forma).

En síntesis, la propia Ley de Mercado de Valores, cuyo estudio ha sido convenientemente omitido por los recurrentes, me da la razón: aÚn cuando las acciones de los socios precedentes estén inscritas en una bolsa de valores, su valor de reembolso es el del balance final y no el de su cotización bursátil. Esto es consecuencia del artículo 32 de la referida ley, que excluye de las reglas de la negociación bursátil a las acciones cotizadas que son transferidas como consecuencia de una alusión.

De otro lado, si bien es verdad que tanto en España como en Argentina se han producido modificaciones legales acorde a las cuales, o no existe Derecho de Receso, para las fusiones (España) o, existiendo, no es aplicable a los socios de las compañías absorbentes o a los socios de las compañías que cotizan sus acciones en bolsa (Argentina), no es menos cierto que semejantes reformas legales no han sido pacíficamente admitidas.

En este orden, ya he citado, anteriormente, las opiniones de autores españoles como GARRIGUES y BROSET A, y, en Argentina, buena parte de la doctrina ha alzado sus voces en contra de la reforma. Como ejemplo cito a continuación a RICARDO A. NISSEN, quien justifica la existencia del derecho de receso para los socios de una sociedad absorbente, debido a:

"la naturaleza y complejidad del acto de fusión, que implica la absorción de los negocios de otras sociedades. la asunción de pasivos de éstas, el ingreso de nuevos socios y las modificaciones impuestas normalmente en el acto de fusión. que pueden convertir a la sociedad incorporante, y en forma sustancial. en otra sociedad".  
(Modificaciones estatutarias y derecho de receso, en El derecho de receso en la ley 22.903)

También Ignacio A. Escuti (h) critica la reforma legal producida en Argentina. Usa las siguientes palabras :

"No estoy de acuerdo con la solución, máxime cuando en la actualidad se concede el receso en caso de aumento de capital social, pues la defensa de los intereses del socio justificaría plenamente el reconocimiento del derecho de receso también para los accionistas de la sociedad incorporante, pues las modificaciones que normalmente acarrea la fusión (entrada de nuevos socios, absorción de los negocios de otras sociedad, asunción de los pasivos de ésta, etc) pueden convertir a la sociedad absorbente en una realidad fáctica totalmente distinta de la que era anteriormente".  
(La Ley 22.903 y el Receso en las S. A., Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, De palma, Buenos Aires, 1983, página 790).

8. Demostrado como está que en el Ecuador si existe Derecho de Receso para los socios de una sociedad absorbente y que a estos debe reembolsársele sus acciones acorde al balance final de la fusión, hay que analizar ahora cuáles son los efectos de tal derecho de reembolso:

Empiezo recordando que el Derecho de Receso se ejerce a través de una declaración unilateral de voluntad del socio precedente, dirigida a la compañía respectiva. Luego, para que el derecho al reembolso nazca basta que la comunicación referida en el artículo 377 de la Ley de Compañías sea entregada al administrador de

dicha sociedad. Coincide con lo expuesto la autoridad de GARRIGUES, para quien el Receso se ejerce por medio de:

"una declaración unilateral de índole recepticia no necesita aceptación por parte de la sociedad. sino que surte efecto desde el momento en que llega a conocimiento de esta Última".  
(GARRIGUES-URIA, Comentario a la Ley de sociedades anónimas, 2 tomos, 3<sup>o</sup> edición, Madrid, 1976, página 254 y 255)

Por tanto, como el derecho al reembolso del socio precedente requiere aceptación de la sociedad, es evidente que, desde que se ejerce el Derecho de Receso, dicha sociedad está obligada a ajustar su situación patrimonial para reflejar las consecuencias del aludido reembolso. Y no hay que olvidar que, para hacerla, necesariamente debe amortizar las acciones que correspondían al socio precedente (pues la sociedad recibe tales acciones y las retira de circulación). Para tal amortización es de imperativa aplicación la norma contenida en el artículo 209 de la Ley de Compañías, acorde a la cual la amortización puede hacerse:

Con cargo a utilidades repartibles, en cuyo caso no es necesario disminuir el capital, o,

Con cargo al capital, lo que significa, en definitiva, Que su reducción tiene Que ser acordada por la Junta General.

Así las cosas, lo que sucedió en este caso, que es muy simple de entender, es que las utilidades repartibles declaradas por el Banco del Pacífico S. A, en el balance de fusión no alcanzaban para reembolsar a mis mandantes el valor de sus acciones. por lo que, necesariamente, tal reembolso tenía que hacerse con cargo al capital, por lo menos por la diferencia entre el valor a reembolsar y el de las utilidades repartibles. Y eso implicaba, inefablemente, Que el Banco del Pacífico S. A, tenía que reducir su capital. Y dicha reducción, está de más decirlo, no ha sido efectuada.

Como consecuencia de lo anterior, el Superintendente de Bancos hubiera violado gravemente la ley si hubiera autorizado la fusión

sin que, previamente, el Banco del Pacífico S. A. haya reducido su capital, pues, actuando así,

hubiera permitido que dicho banco opere con un capital irreal.

con grave quebranto de las obligaciones legales que como Superintendente tiene, pues, es preciso recordar, entre sus funciones (Art. 182, letra b) está la de:

"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, evidentemente, las normas que rigen el funcionamiento de los bancos impiden que estos anuncien un capital distinto al real.

## 11. SOBRE LA ACTUACION DEL SUPERINTENDENTE DE BANCOS

Dos son los argumentos que han usado, básicamente, los bancos recurrentes para impugnar la Resolución del Superintendente de Bancos que es materia de este análisis:

1. Una supuesta carencia de facultades de dicho Superintendente. Y,
2. Una supuesta falta de motivación en la Resolución por él expedida.

Voy a analizar, a continuación, cada uno de esos argumentos:

1. **SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE FACULTADES DEL SUPERINTENDENTE.**- Argumentan los bancos recurrentes que el conflicto surgido entre el Banco del Pacífico S. A. y mis mandantes (conflicto que deriva del desconocimiento, por parte de dicho banco, al Derecho de Receso ejercido por los accionistas que represento) debe ser resuelto por los jueces comunes y en ningún caso por el Superintendente de Bancos.

¿En qué fundan los bancos recurrentes semejante argumento? Pues en que, según ellos, el Superintendente de Bancos no está facultado por la ley para dirimir el aludido conflicto. Veamos si eso es cierto:

Según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (Art. 16). se requiere AUTORIZACION del Superintendente de Bancos para que entidades por él controladas se fusionen entre sí y, cuando el Estado se reserva la facultad de autorizar determinados negocios jurídicos lo que hacen es limitar la libertad de dichos particulares, para vigilar que los actos de estos no contravengan principios superiores tutelados por el ordenamiento jurídico. Luego, el Superintendente de Bancos estaba obligado a analizar si en la fusión a la que me refiero se había respetado o no esos principios tutelados por el ordenamiento. Tan cierto es lo anterior, que el artículo 222 de la Constitución vigente (citado pero no analizado por los bancos recurrentes) establece lo siguiente:

"Las superintendencias serán organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, encargados de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general".

Luego, la Superintendencia de Bancos está encargada, por la propia Constitución, de controlar que las actividades económicas de los entidades financieras se sujeten a la ley. y entre tales actividades económicas está incluido, evidentemente, un importante acto societario como el absorber a otra entidad que realiza la misma actividad Si no ¿cómo explicarían los recurrentes que ellos, por diversos medios, han manifestado que la fusión que pretenden tiene por finalidad aumentar su participación en el mercado financiero ecuatoriano? No es esa una actividad económica?

- b) De otro lado, según el artículo 218 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, segundo inciso:

"En todo lo no previsto en esta Ley, regirá supletoriamente la Ley de Compañías. Las atribuciones que dicha Ley confiere al Superintendente o a la Superintendencia de Compañías serán ejercidas, respecto de 1 de instituciones financieras por el Superintendente o la Superintendencia de Bancos, según el caso".

Consecuencia de la norma transcrita es que el Superintendente de Bancos tiene, respecto de las entidades financieras, las mismas atribuciones que el Superintendente de Compañías tiene sobre las sociedades sometidas a su control. Y, según el artículo 441 de la Ley de Compañías, dichas vigilancia y control pueden ser totales o parciales. Son totales, por ejemplo, cuando la sociedad respectiva tiene pasivos con terceros por más de 200 millones de sucres. Pero lo importante del caso es que, según el segundo inciso del mismo artículo 441:

"La ~~vela~~ <sup>vigila</sup> y control t  
aspectos ~~jurídicos, societario~~ tal como renden los ros  
y contables ... ", <sup>z</sup> económicos, financie-

lo que evidencia que el Superintendente de Bancos tiene, respecto de las entidades financieras con pasivos mayores con terceros superiores a 200 millones de sucres, facultad de vigilancia y control total, lo cual comprende los aspectos jurídicos V societarios, además de los contables y financieros.

Recordado lo anterior, ¿puede alegarse que el Superintendente de Bancos carece de facultades para establecer que, al haberse ejercido por parte de un grupo de accionistas del Banco del Pacífico S. A. el Derecho de Receso, no puede aprobar la absorción al Banco Popular por cuanto el capital del primero debe ser reducido, precisamente como consecuencia del ejercicio del antes indicado derecho?  
Evidentemente no.

- c) Adicionalmente, existe otra norma expresa que confiere al Superintendente de Bancos la facultad de velar porque a los inversionistas, nacionales o extranjeros, se les respete los derechos ~ les atribuye la Ley. Dicha norma expresa es la contenida en el artículo 21 de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, cuyo texto es el siguiente:

"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 la libertad y garantías establecidas en la Constitución Política de la República y en el normativo del país,"



y esa norma es perfectamente aplicable a este caso, pues, a unos inversionistas extranjeros, que adquirieron acciones del Banco del Pacífico S. A., se les pretende negar un derecho garantizado en la Ley de Compañías, cual es el de poder retirarse de dicho banco, por no estar de acuerdo con la decisión que éste adoptó de absorber al Banco Popular.

Como puede observarse, la normativa ecuatoriana facultaba, expresamente, al Superintendente de Bancos para dictar la resolución recurrida. Es falsa, en consecuencia, la alegación de los recurrentes,

Finalmente es indispensable advertir una cuestión que no ha sido materia de pronunciamiento del Superintendente de Bancos, pero que es un motivo adicional para no aprobar la fusión pretendida: como ya he demostrado, los socios de la compañía absorbente y los de la absorbida tienen derecho a separarse si no están de acuerdo con la resolución de la mayoría. Y, en consecuencia, uno de los requisitos que exige la ley para las escrituras respectivas es la incorporación de la lista de socios que han ejercido ese Derecho de Receso, \_\_\_\_\_ .

Pues bien, en el caso que nos ocupa, ni la lista de socios precedentes del Banco del Pacífico, ni la de los socios precedentes del Banco Popular, fueron incorporadas en la escritura de fusión. La razón es muy simple: esa escritura pública fue precipitadamente otorgada el 24 de noviembre de 1998 (el mismo día en que las Juntas Generales de ambos bancos se reunieron) cuando, según el artículo 377 de la Ley de Compañías, el Derecho de Receso podía ejercerse hasta 15 días después de tales Juntas Generales. En consecuencia, a esa escritura pública le falta un requisito exigido por la Ley (la lista de los socios precedentes, Art. 376, Ley de Compañías) y por ende no podía ni puede- ser aprobada.

¡Sólo falta que ahora los recurrentes aleguen que la Superintendencia de Bancos tampoco tiene facultad para revisar si un acto de fusión sometido a su autorización reúne o no los requisitos que exige la Ley!.

**SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE MOTIVACION.-** ¡Este argumento sí que es una audacia! Para demostrarlo, basta leer lo que el artículo 24, número 13, de la Constitución dice al respecto:

"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 pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho ...".

Así las cosas, francamente no se entiende cómo alguien que haya leído la resolución recurrida pueda sostener que ella no está motivada, si claramente establece no sólo los antecedentes de hecho (la solicitud de autorización de la absorción, el ejercicio del Derecho de Receso por mis mandantes y la negativa del Banco del Pacífico S. A. a reconocer tal derecho), sino, fundamentalmente, las razones por las que se considera que existe tal Derecho de Receso y las consecuencias de su ejercicio respecto del capital del Banco del Pacífico S. A.

A no ser que los recurrentes consideren que no existe la referida motivación porque en la resolución no se aceptó los argumentos que ellos presentaron ¡Valiente manera de entender la Ley!.

En realidad es tan absurdo este argumento de los recurrentes, que es mejor dar aquí por terminado su análisis, para no cansar a los señores vocales.

### III. SOBRE EL SUPUESTO SILENCIO ADMINISTRATIVO

En un desesperado intento por defender lo indefendible, los bancos recurrentes han alejado también que su solicitud de autorización de la fusión, presentada en la Superintendencia de Bancos, ha sido aprobada tácitamente, por silencio administrativo, en aplicación de lo que dispone el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

Sin embargo Que esa aleación también es falsa;

En primer lugar, porque los propios bancos recurrentes, en la escritura pública de fusión por absorción (cláusula undécima) pidieron, en forma expresa, que la Superintendencia de Bancos no se pronuncie antes del 2 de enero 1999, y el Superintendente lo hizo el 4 de enero de 1999, esto es, el primer día hábil siguiente.

y en segundo lugar, porque, aun cuando no existiere el pedido expreso antes aludido, no hay que olvidar que, ante el reclamo de mis mandantes, La Superintendencia de Bancos pidió un pronunciamiento al Banco del Pacífico S. A., y éste lo contestó en diciembre 22 de 1998 (cuando, según ahora dicen los recurrentes ya habría operado el silencio administrativo). Y en esa contestación nada dijo el Banco del Pacífico sobre tal silencio, pues, por el contrario, presentó argumentos de orden legal contradiciendo la postura de mis mandantes. Luego, recién a partir de aquel 22 de diciembre deberían contarse los aludidos 15 días, por lo Que, en enero 4 de 1999, todavía no habrían transcurrido. Por supuesto, esta afirmación sólo es una hipótesis, pues, reitero, los propios recurrentes pidieron que la fusión no sea aprobada antes del 2 de enero de 1999.

Como puede observarse, este argumento tampoco es atendible. Por poco serio.

#### IV, LEGITIMACIÓN

Estoy legitimado para actuar como mandatario de GLOBALVEST. MANAGEMENT CO. y de BEARN STERNS SECURITY CORP. en virtud de la autorización expresa que me fue concedida en la carta dirigida por esas dos entidades, en diciembre 15 de 1998, al señor Superintendente de Bancos.

#### V, NOTIFICACIONES

Recibiré cualquier notificación que deba hacerse en las oficina de TOBAR & BUSTAMANTE, Abogados, ubicadas en la Av. 12 de Octubre y Lincoln, esquina, Torre 1492, oficina 1505. .

DR. ROBERTO ILLINGWORTH CABANILLA  
ABOGADO  
REGISTRO 3401