

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

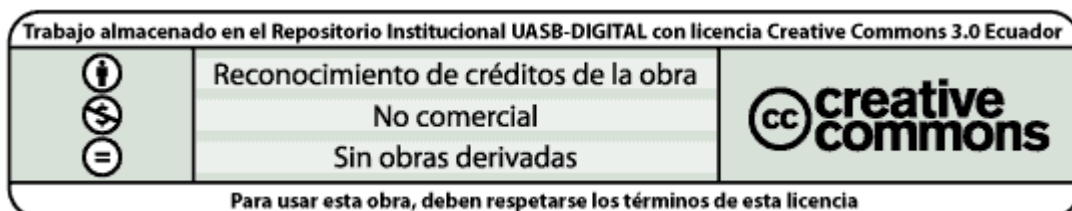
ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN

***ANÁLISIS DE LA “LEY ORGÁNICA DE REDISTRIBUCIÓN DE LOS INGRESOS
PARA EL GASTO SOCIAL” Y LA INCIDENCIA DEL IMPUESTO***

Elsa Romo-Leroux Chávez

2014



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Elsa de las Mercedes Romo-Leroux Chávez, autora de la tesis intitulada “Análisis de la Ley Orgánica de Distribución de los Ingresos para el Gasto Social y la Incidencia del Impuesto”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para obtener el título de magíster en Tributación, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. De esta forma entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Julio de 2014

Elsa Romo-Leroux Chávez

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN

***ANÁLISIS DE LA “LEY ORGÁNICA DE DISTRIBUCIÓN DE LOS INGRESOS
PARA EL GASTO SOCIAL” Y LA INCIDENCIA DEL IMPUESTO***

Tutor: Economista Miguel Almeida Herrera

Quito, Ecuador

2014

RESUMEN

La “*Ley Orgánica de Redistribución de los Ingresos para el Gasto Social*” aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial Suplemento 847 del 10 de diciembre de 2012, es el objeto principal de esta investigación. La forma en la que fue planteada, el proceso seguido hasta su aprobación, y la esencia misma de la Ley, dejan dudas respecto de la constitucionalidad de la norma. Para el análisis ha sido necesario referirse tanto a los principios constitucionales como a los principios legales y a aquellos comunes a la generalidad del Derecho, previo a un análisis de la protección jurídico-constitucional del contribuyente. Se hace referencia a dos fuentes del Derecho, la Constitución y los Acuerdos Internacionales, específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los mismos que consagran el principio de igualdad ante la ley y no discriminación de personas, grupos o comunidades, que es aplicable en cualquier situación jurídica.

El principio de igualdad, es en nuestra constitución, un principio de aplicación de los derechos fundamentales, y por tanto antecede a la igualdad tributaria, en cuanto exige una actitud de los poderes públicos contra la discriminación y un imperativo de su actuación para el legislativo.

El trabajo incluye una visión del sistema económico político y social imperante antes de la reforma legal; un examen de la Ley y las diferentes facetas de la carga tributaria y de las sanciones previstas; un análisis de las finanzas públicas, del gasto social y de los efectos de la Ley en la economía, así como la incidencia de los impuestos; y, un estudio sobre el papel del sistema financiero en la economía y el marco de regulación y control al que está sujeto.

Al final se ensaya una perspectiva sobre la economía para el 2014, advirtiéndose las señales que inquietan al inversionista y los riesgos sistémicos sobre los cuales las autoridades de control deben tomar atención especial. Se realiza un breve análisis sobre hechos subsecuentes, como la aprobación del Código Monetario y Financiero por parte de la Asamblea Nacional.

Tanto en el campo del Derecho, como en el de la Economía, se recurre a criterios de destacados expertos que han enriquecido la investigación.

ÍNDICE

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS	2
RESUMEN	4
ÍNDICE.....	5
CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES	7
1.1. ANÁLISIS GENERAL SOBRE EL MODELO ECONÓMICO, POLÍTICO Y SOCIAL IMPERANTE ANTES DE LA REFORMA LEGAL OBJETO DE ESTA TESIS	7
1.1.1 ASPECTOS GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN	7
1.1.2 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES (COPCI)	11
1.1.3 POLÍTICA DE COMERCIO EXTERIOR	18
1.1.4 CONCLUSIÓN	19
1.2. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS A LAS DIFERENTES LEYES COMO CONSECUENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DE REDISTRIBUCIÓN DE LOS INGRESOS PARA EL GASTO SOCIAL - LORIGAS	19
1.2.1 CAMBIOS EN LA LORTI	20
1.2.2 CAMBIOS A LA LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR	22
1.2.3 Cambios a la Ley General de Instituciones del Sistema FinancieRO	24
1.2.4 Cambios a la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario.....	24
1.2.5 Cambios en la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas.....	25
1.2.6 Disposiciones Generales, Transitorias y derogatoria	25
1.2.7 Conclusión.....	27
CAPÍTULO II.- ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LA TUTELA JURÍDICA DEL CONTRIBUYENTE Y EL PROCESO DE APROBACIÓN DE LA LEY	28
2.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	28
2.1.1 Principio de Generalidad Tributaria.....	29
2.1.2 Capacidad económica.....	30
2.1.3 Progresividad.....	30
2.1.4 La igualdad tributaria	31
2.1.5 La justicia tributaria como principio global relativo al sistema	31
2.1.6 La no confiscación como límite del sistema	32
2.1.7 Principio de Reserva de Ley	32
2.2. PRINCIPIOS LEGALES	32
2.2.1 No discrecionalidad.....	33
2.2.2 No afectación de ingresos	33

2.2.3	Indisponibilidad de las situaciones subjetivas.....	33
2.3.	PRINCIPIOS GENERALES COMUNES DE AMPLIA PROYECCIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO	33
2.3.1	Principio de Seguridad Jurídica	33
2.3.2	Principio de Proporcionalidad.....	34
2.4.	RÉGIMEN TRIBUTARIO EN EL ECUADOR	34
2.5.	PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL CONTRIBUYENTE	36
2.6.	LEY ORGÁNICA. PROYECTO DE URGENCIA ECONÓMICA.....	39
2.7.	ESENCIA DE LA LEY	44
2.8.	CONCLUSIONES	52
CAPÍTULO III.- EFECTOS DE LA LEY EN LA ECONOMÍA		53
3.1.	ÁMBITO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS	53
3.2.	REDISTRIBUCIÓN DE LOS INGRESOS	55
3.3.	OBJETIVO SOCIAL: FINANCIAMIENTO DEL GASTO SOCIAL	61
3.4.	INCIDENCIA DEL IMPUESTO.....	65
CAPÍTULO IV.- EL SISTEMA FINANCIERO		72
4.1.	SU IMPORTANCIA EN LA ECONOMÍA	72
4.2.	POLÍTICA MONETARIA	73
4.3.	MARCO DE REGULACIÓN Y CONTROL.....	76
4.3.1	Normas de Basilea.....	78
CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES.....		89
BIBLIOGRAFÍA		92

CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES

1.1. ANÁLISIS GENERAL SOBRE EL MODELO ECONÓMICO, POLÍTICO Y SOCIAL IMPERANTE ANTES DE LA REFORMA LEGAL OBJETO DE ESTA TESIS

1.1.1 ASPECTOS GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN

El modelo económico, político y social del país, está plasmado en la Constitución, norma suprema, que constituye “el conjunto sistemático de reglas fundamentales que organizan al Estado, que definen la forma de Gobierno, y las tareas y responsabilidades de la organización política”.¹

De acuerdo al ordenamiento jurídico la Constitución es “un conjunto sistemático de normas jurídicas, vinculantes y promulgadas por órgano legítimo y competente, que prevalecen absolutamente sobre el resto del ordenamiento legal de la nación y lo determinan; en ella se expresan y reconocen los derechos y garantías de los ciudadanos y personas jurídicas y las formas de vinculación de todos ellos con el poder; se estructuran y regulan las funciones del Estado, asignándoles y distribuyéndoles facultades, límites, responsabilidades y mecanismos de relación”. Definiciones recogidas del jurista doctor Fabián Corral, cuando incitaba a la población ecuatoriana, que no es experta en Derecho Político, a un análisis más profundo del voto constituyente que aprobó en referéndum, en paquete cerrado, la Constitución de 2008.

En el ámbito internacional vale la pena recordar el discurso de posesión presidencial de José Mujica cuando dijo:

“La Constitución es un marco, una guía, un contrato, un límite que encuadra a los gobiernos. Ese es su propósito principal. Pero es también un programa que nos ordena cómo comportarnos en cuestiones que tienen que ver con la esencia de la vida social. Por ejemplo, nos manda literalmente evitar que las cárceles sean instrumentos de mortificación”.

Esta introducción permite advertir la importancia de las normas constitucionales en la definición del sistema económico, político y social, en el esquema de relación entre los

¹ Corral, Fabián, *¿Qué es la Constitución?*, Diario El Comercio, Quito, 20 de marzo de 2014.

actores sociales. La Constitución de la República del Ecuador (CRE)² define el sistema económico y su política económica y social en diferentes artículos que en conjunto dan forma a sus objetivos, muchos de ellos idealizados en el “Buen Vivir”, concepto que proviene de una cosmovisión indígena del Suma Kawsay, cuya traducción implica, entre otras, “vivir igual” y que tiene como eje la no acumulación³. De esta forma se establecen las bases de un sistema colectivista de planificación central, donde el Estado promueve la igualdad y a cuyo fin adquiere mayores atribuciones de control y regulación, con amplio margen de intervencionismo, inclusive en el sector productivo.

“El sistema económico es social y solidario; que reconoce al ser humano como sujeto y fin; que propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y que tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”. Art. 283 CRE

A través de las Disposiciones Transitorias, que constituyen el último capítulo de la norma, se establece la obligatoriedad de emitir todo un cuerpo legal, formado por las leyes que contribuirían a darle operatividad al precepto constitucional, a sus políticas y principios. El cumplimiento de estas Disposiciones ha posibilitado configurar un esquema de gobierno de gran poder concentrador en el Ejecutivo para planificar, controlar y regular todos los sectores, económicos y productivos, de las finanzas públicas, del ámbito social, de educación y cultura, etc., a través de consejos directivos, comités técnicos, y en general instancias de decisión y control, donde el ejecutivo está siempre presente.

La utilización del Plan Nacional de Desarrollo (PND) como principal instrumento de la política económica y social del país, otorga al Ejecutivo el control absoluto de toda la gestión pública. La planificación centralizada marca los límites del Sector Público Central y confiere al Ejecutivo el control de las iniciativas de los gobiernos autónomos descentralizados (GAD). Desde luego cabe tomar en cuenta que las orientaciones de las políticas públicas, marcan también las iniciativas del sector privado. En efecto la Constitución dispone en su art. 280 que:

² Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional de Desarrollo (2013-2017)*, Principios generales.

“El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”.

Respecto a las formas de organización de la economía previstas en la Constitución (Art. 283), toma importancia la Ley de Empresas Públicas, las que deben gestionar los llamados sectores estratégicos, “de decisión y control exclusivo del Estado y que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”

La Constitución enfatiza en la necesidad de que el Estado constituya empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Art. 315.

Se elimina la figura anterior de sociedades anónimas para las empresas públicas. Desde luego al tratarse de empresas públicas ya no se habla de utilidades sino de “excedentes” que podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transfieren al Presupuesto General del Estado.

Se prevé que la ley defina la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos. También de forma excepcional, se prevé delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades.

En la práctica la política gubernamental tiende al autoabastecimiento de los requerimientos del Estado propendiendo a una integración, inclusive hacia actividades que nada tienen de estratégicas, creándose para tal efecto una serie de empresas públicas para la dotación de bienes y servicios tan elementales, como el suministro de uniformes para los

empleados de gobierno, el mantenimiento de edificios y construcción de la infraestructura, entre otros, desplazando de esta forma la actividad productiva del sector privado que anteriormente proveía al Estado de estos bienes y servicios. El sistema se presenta como una forma de capitalismo estatal. Esta política de estatización de las actividades económicas y productivas, ha ensanchado el nivel del Estado, abarcando actividades que bien podría desarrollar el sector privado.

El sistema económico popular y solidario que contempla la Constitución representa el desarrollo de la economía social encaminada a la consecución del Buen Vivir. La Constitución se refiere al Régimen del Buen Vivir como el “*sistema nacional de inclusión y equidad social*” que se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional de planificación participativa.

La Constitución es frondosa en aspiraciones y calificativos de lo que “debe ser”. En el primer capítulo del Buen Vivir, reconoce que el Estado creará las condiciones de protección ciudadana en todos los ámbitos anteriormente enumerados. En el capítulo segundo habla de la Biodiversidad y Recursos Naturales, respecto de los cuales “el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

Estas condiciones, sin duda, determinaron un apoyo significativo de la población hacia la nueva Constitución. En el ámbito del reconocimiento de los derechos fundamentales la Constitución es tan amplia que ha merecido el calificativo de “garantista”. Sin embargo en la práctica el régimen a través de leyes, decretos, reglamentos y resoluciones, limita, y restringe, de tal manera los derechos políticos, que los diversos grupos ciudadanos encuentran crecientes dificultades para expresar sus opiniones o puntos de vista.⁴

⁴ Tal el caso del Decreto 16 respecto de la actuación de las ONG o de la Ley de Comunicación que ha provocado una lamentable autocensura de periodistas.

1.1.2 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES (COPCI)

Tiene por objeto:

“regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución, intercambio, comercio, consumo, manejo de externalidades e inversiones productivas orientadas a la realización del Buen Vivir”, y “busca también generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva, facilitando la aplicación de instrumentos de desarrollo productivo, que permitan generar empleo de calidad y un desarrollo equilibrado, equitativo, eco-eficiente y sostenible con el cuidado de la naturaleza”. Art.3.

No obstante que entre sus fines está el promover el desarrollo productivo del país, en su concepción prima el afán regulador y controlador, tanto desde el punto de vista de “competitividad sistémica”, como de “desarrollo territorial” y en la articulación “en forma coordinada” sobre las acciones de los productores y empresas; y el entorno jurídico – institucional.⁵

“Transformar la Matriz Productiva, para que ésta sea de mayor valor agregado, potenciadora de servicios, basada en el conocimiento y la innovación; así como ambientalmente sostenible y ecoeficiente” ha sido uno de los objetivos centrales, asignados al rol del Estado, que abarca, no solo el ámbito económico, sino también el de educación, salud, servicios básicos y el de la infraestructura.

El COPCI habla del Fomento, Promoción y Regulación de las Inversiones Productivas, de los principios generales de no discriminación entre la inversión nacional y la extranjera y el derecho a la propiedad, así como de los derechos de los inversionistas en general. De igual forma del desarrollo de la Economía Popular, Solidaria y Comunitaria, así como los incentivos para el desarrollo productivo y las normas para obtenerlos, al mismo tiempo que hace énfasis en las infracciones y sanciones correspondientes a los inversionistas.

En consistencia con la política de eliminar los desequilibrios territoriales, se legisla

⁵ Los términos entre comillas son expresiones que constan en el COPCI.

sobre la constitución de las Zonas Especiales de Desarrollo Económico (ZEDE) que se constituirán mediante autorización del Consejo Sectorial de la Producción, teniendo en cuenta el potencial crecimiento económico de los territorios donde se instalen; los objetivos, planes y estrategias del Plan Nacional de Desarrollo; la Agenda de Transformación Productiva, y demás planes regionales, sobre la base de los requisitos y formalidades que estarán debidamente reglamentadas.

Para efectos del fomento de la inversión el COPCI cuenta con incentivos de orden tributario que fueron incorporados a la LORTI en las reformas pertinentes⁶. Estos incentivos según consta en el Art.24, son de tres clases:

1. Generales: de aplicación para las inversiones que se ejecuten en cualquier parte del territorio nacional. Consisten en los siguientes:
 - Reducción progresiva de la tasa impositiva anual del impuesto a la renta (IR) para sociedades (del 25 a 22%)
 - Los establecidos para las zonas económicas de desarrollo especial
 - Las deducciones adicionales para el cálculo del IR, como mecanismos para incentivar la productividad, innovación y para la producción eco-eficiente;
 - Los beneficios para la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores;
 - Las facilidades de pago en tributos al comercio exterior;
 - La deducción para el cálculo del impuesto a la renta de la compensación adicional para el pago del salario digno;
 - La exoneración del impuesto a la salida de divisas para las operaciones de financiamiento externo;
 - La exoneración del anticipo al IR por 5 años para toda inversión nueva; y,
 - La reforma al cálculo del anticipo del impuesto a la renta.
2. Sectoriales y para el desarrollo regional equitativo: para los sectores que contribuyan al cambio a la matriz energética, a la sustitución estratégica de importaciones, al fomento de las exportaciones, así como para el desarrollo rural de todo el país, y las zonas urbanas según se especifican en la disposición reformativa segunda (2.2), se reconoce

⁶ Art. 23 del COPCI

la exoneración total del impuesto a la renta por cinco años a las inversiones nuevas que se desarrollen en estos sectores.

3. Para zonas deprimidas: estas inversiones podrán beneficiarse de los incentivos generales y sectoriales antes descritos. En estas zonas se priorizará la nueva inversión otorgándole un beneficio fiscal mediante la deducción adicional del 100% del costo de contratación de nuevos trabajadores, por cinco años.

Sin embargo, a pesar de sus incentivos, el COPCI no ha tenido el impacto en la producción, ni ha generado los efectos previstos en el empleo y en el desarrollo, así lo revela la evaluación realizada por la SENPLADES. En general algunos funcionarios públicos han explicitado el poco cumplimiento de objetivos del COPCI.

El código prevé además que por iniciativa del inversionista se suscriba contratos de inversión en los que constará el tratamiento que se le otorga a la inversión especificada, (Art.25). Los contratos de inversión están encaminados a conceder estabilidad sobre los incentivos tributarios, con una vigencia de 15 años, detallándose al mismo tiempo los mecanismos de supervisión y regulación para el cumplimiento de los parámetros de inversión previstos en cada proyecto y especificados por el Consejo Sectorial de la Producción.

En el 2012 se definieron contratos modelo para inversión, y el procedimiento para la aprobación de contratos de inversión por parte del Consejo Sectorial de la Producción. En el 2013 se suscribieron 8 contratos de inversión en este marco: Ecuacorriente (US\$ 2.014 millones), Holcim, Surpapelcorp, Promopesca, Mastercubox, Swissgas del Ecuador S.A, Templavid S.A. y Tenaris S.A.

El 11 de julio de 2013 se aprobó la Zona Especial de Desarrollo Económico de Refinación y Petroquímica “Eloy Alfaro”, ubicada en la provincia de Manabí (relacionada la Refinería del Pacífico), con una extensión de 1.665,42 ha y se conoce que está en trámite la ZEDE de Yachay, ambas de inversión pública. Hasta la presente fecha sin embargo, no ha sido posible la instalación de ninguna ZEDE del sector privado, pero entendemos que está en trámite una asociación público privada en Yaguachi.

Respecto del desarrollo empresarial de las *micro, pequeñas y medianas empresas*, el COPCI tiene un capítulo especial, en el que hace énfasis en los mecanismos de desarrollo productivo, al disponer la obligatoriedad de las instituciones públicas a aplicar el principio

de inclusión en sus adquisiciones, para que puedan estas organizaciones intervenir como proveedoras del Estado. Sin embargo dadas las características de las compras del Estado, sobre todo atendiendo a su magnitud, ha sido muy difícil el cumplimiento de este objetivo, según la evaluación de la entidad rectora. De otra parte atentan contra la inclusión de las PYMES, la creación de una red de autoabastecimiento de las empresas del Estado y los contratos de obra pública, condicionados al aprovisionamiento de los proveedores contratistas.

Tiene importancia en el COPCI, la democratización de la producción mediante la aplicación de “políticas, mecanismos e instrumentos que generen la desconcentración de factores y recursos productivos, y faciliten el acceso al financiamiento, capital y tecnología para la realización de actividades productivas”. (Art. 57).

En este sentido se ha previsto una serie de incentivos de carácter fiscal, para orientar la venta del capital accionario a los trabajadores, por parte del sector empresarial y específicamente por parte del Estado, en empresas donde hubiere constituido su capital semilla. Así mismo, se prevé programas de financiamiento preferenciales, para facilitar dichas adquisiciones. Sin embargo, sobre compra de acciones por parte de trabajadores, la Superintendencia de Compañías se refiere solo a las de las empresas incautadas, GAMA TV, TC Televisión, Servientrega, holding azucarero Eudos. Caso aparte constituye la venta de acciones de Teleamazonas a cuatro de sus empleados; y la transferencia de acciones de Cemento Chimborazo (el 10 %) a sus empleados.

En el ámbito de la democratización de la tenencia de la tierra el COPCI, en el Art.61, prevé que “el Estado, a través de sus órganos gubernamentales competentes, fomentará y facilitará el acceso a la tierra a las familias y comunidades campesinas carentes de ella, dándoles preferencia en los procesos de redistribución de la tierra”.

Se establece que se incentivará mecanismos de comercialización alternativos para que, a la vez que se procura el mejoramiento de los ingresos de las familias campesinas productoras, se garantice el abastecimiento de los mercados locales y regionales; se apoyará la soberanía alimentaria del país, por medio del fomento a la producción para el consumo nacional; se promoverá prácticas productivas que aseguren la conservación y manejo sustentable de la tierra. Se asegura que los recursos para estos programas se asignarán anualmente en el presupuesto general del Estado.

Para el cumplimiento de esta política estatal dirigida, se dispone que “el Consejo Sectorial de la Política Económica, realice una serie de acciones encaminadas a procurar el acceso de todos los actores productivos al financiamiento de la banca pública; la profundización del mercado de valores, y la reducción de los costos de intermediación financiera”.⁷

- Sector financiero popular y solidario

El COPCI manda que Consejo Sectorial de la Política Económica determine y vigile el acceso de todos los actores productivos al financiamiento de la banca pública; establezca los lineamientos e incentivos para apoyar el acceso al financiamiento privado, de los actores de la economía popular y solidaria; y, determine los mecanismos para fomentar la profundización del mercado de valores, y procurar la reducción de los costos de intermediación financiera.⁸

Se dispone además que las entidades financieras, públicas y privadas, deban crear y mantener un registro de las operaciones para las empresas calificadas como MIPYMES y reportar periódicamente al órgano ejecutor de las políticas de MIPYMES; asimismo, que la autoridad reguladora financiera establezca un régimen especial de garantías para el financiamiento privado y público de las MIPYMES, y para el desarrollo de iniciativas de capital de riesgo, tanto públicas como privadas. A este fin se crea el fondo nacional de garantías, de carácter público, para facilitar el acceso de las MIPYMES al financiamiento de sus actividades.

La autoridad reguladora del mercado de valores debe desarrollar una normativa especial, para el acceso individual y asociativo de las MIPYMES al financiamiento. Los inversionistas institucionales públicos deben determinar una normativa especial y facilitadora que permita la compra de los títulos de valor generados por las MIPYMES.

El organismo con la competencia de fomento y regulación de las microfinanzas populares tiene obligación de establecer los mecanismos para potenciar el financiamiento de las micro y pequeñas empresas en todo el territorio nacional. El gobierno nacional a su vez debe implementar un programa de capital de riesgo que permita el acceso de las

⁷ Título II. Capítulo II. Del financiamiento y del capital.

⁸ Ídem

MIPYMES a estas modalidades, necesarias para la innovación y transformación productiva, así como un programa integral de emprendimiento para todo el ciclo de pre-inversión e inversión.

“Las empresas privadas que requieran financiamiento para desarrollar nuevas inversiones, y que a su vez quisieran ejecutar un programa de apertura de su capital, podrán beneficiarse de los programas de crédito flexible que implementará el gobierno nacional para la masificación de estos procesos, con tasas de interés preferenciales y créditos a largo plazo”.Art.68.

Como resultado del mandato legal se crea la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, se desmiembran las cooperativas de rango cuatro del control de la SBS, y se le asigna el control de las cooperativas de ahorro y crédito, y además otras de carácter productivo. Por ahora los resultados de administración de un sector que resultó ser bastante más grande de lo estimado (950 cooperativas de ahorro y crédito que con otras cooperativas de fuerte manejo económico, superan las 3.000, y conjuntamente con asociaciones de producción y servicio alcanzan un número de 6.600 instituciones)⁹ no pueden valorarse, pues la entidad de control se encuentra en la etapa de estructuración orgánica y funcional. Sin embargo se conoce que el movimiento de capitales es muy grande en este sector, lo que exige un mayor control y estrategias definidas para no coartar sus iniciativas y vigilar un crecimiento ordenado.

- Desarrollo Territorial equitativo

El desarrollo territorial equitativo es también una política de relevancia en el COPCI¹⁰ para buscar dinamizar todos los territorios del país; priorizándose la inversión pública en las zonas económicamente deprimidas.

Informes del Banco Mundial ponen de manifiesto la poca injerencia que en el desarrollo regional tiene la planificación estatal, ya que la gente se orienta y migra hacia los centros urbanos, que ofrecen mejores servicios y calidad de vida, no obstante los ambiciosos objetivos sobre la *territorialización de las políticas públicas productivas*,

⁹ www.seps.gob.ec, *Lista de Instituciones*, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

¹⁰ Título III del libro II del COPCI

asignados al rol del Estado. De acuerdo a la SENPLADES no se han materializado resultados tangibles exitosos en este ámbito.

- Cambio de la matriz productiva

Consiste en cambiar el patrón de especialización de exportador de materias primas para convertirlo en productor de bienes con mayor valor agregado a través de conocimiento y talento humano, según expresó el director de la SENPLADES¹¹. Sin embargo, caben dudas de como se materializa esta estrategia, con el énfasis dado a la explotación minera e hidrocarburífera.

Al igual que el analista Walter Spurrier, creo que hay una distorsión en el enfoque, al pensar que ser exportadores de productos agrícolas o de materias primas no tiene su valor; pues para ser competitivos en el mercado, también en este sector se ha invertido en innovación tecnológica. Sin descuidar la producción de materias primas, se debería incursionar además en el campo de la industrialización, con el valor agregado de tecnología propia, es decir sin desechar las experiencias y logros ya alcanzados en el sector agrícola.

- Diferentes criterios de evaluación del COPCI

Transcurridos siete años de gobierno, se observa que no se han dado los resultados esperados en el ámbito económico, debido a un ambiente nada amigable al emprendedor y a la pretensión de dirigir la actividad privada, al punto de coartar su libertad de elegir. El papel preponderante del Estado y la poca importancia dada en la práctica a la iniciativa privada, ha pasado factura en los índices de crecimiento de la economía, con autonomía de los factores externos, alta dependencia del precio del petróleo y bajo cumplimiento en el ámbito del cambio de la matriz productiva. Según Walter Spurrier y el economista Pablo Lucio Paredes, la empresa privada recibe “señales encontradas”, desestimulando la inversión a largo plazo tanto nacional, como extranjera.

El COPCI fue considerado en su momento un triunfo de negociación al interior del Gobierno, al prevalecer sobre las visiones adversas de un sector gubernamental. Sin

¹¹ Falconí, Fándor - Senplades, *Transformación de la Matriz Productiva-Revolución Productiva a través del conocimiento y talento humano*, Folleto Informativo, Quito, Ediecuatorial, 2012, p. 9

embargo, no se aprecia cohesión entre las diferentes instituciones y las declaraciones de muchos funcionarios no abogan por una coherencia de la política económica, lo cual crea inseguridad y falta de confianza para la inversión. En muchos aspectos el inversionista recibe señales antagónicas al COPCI que generan desconfianza, tal el caso de la progresiva creación de empresas públicas que compiten con el sector privado y desplazan sus iniciativas, aún cuando no se trata de sectores estratégicos; el tratamiento tributario favorable se ha ido restringiendo y existe expectativa por las sucesivas reformas tributarias, la poca flexibilidad laboral para contratos ocasionales, encarece los costos y resta competitividad en el mercado internacional; fatalmente, una señal adversa es también la política de denunciar los tratados bilaterales de protección de inversiones y la notoria coerción de la justicia respecto de los litigios que se ventilan en los tribunales a favor del Estado.

El Plan Nacional del Buen Vivir evidencia una tensión con la visión promocional del COPCI, al acentuar una mayor presencia estatal y de entidades de la economía popular y solidaria, a la vez que un papel secundario al sector privado.

Todos estos aspectos contribuyen a restringir el emprendimiento de nuevas inversiones, acentúan el sentimiento de inseguridad, y neutralizan el marco de fomento de inversiones del COPCI, que no parece haber generado aportes significativos respecto de la transformación de matriz productiva, y de la promoción de inversiones.

1.1.3 POLÍTICA DE COMERCIO EXTERIOR

El libro cuarto del COPCI trata sobre el Comercio Exterior, sus órganos de control e instrumentos. Se recoge en sus planteamientos gran parte de los Acuerdos, que sobre la materia, rigen las transacciones internacionales y a los cuales el Ecuador se ha adherido a través de los diferentes convenios.

Al ser un sector que requiere de rápidas decisiones, la normativa en materia arancelaria, se encuentra en manos del Ejecutivo. El organismo que aprobará las políticas públicas nacionales en materia de política comercial, será un cuerpo colegiado de carácter intersectorial público, encargado de la regulación de todos los asuntos y procesos vinculados a esta materia, que se denominará Comité de Comercio Exterior (COMEX), y

que estará compuesto por seis ministerios involucrados a más del SRI y la autoridad aduanera nacional.¹²

En la política de comercio exterior, también se notan las contradicciones conceptuales entre las disposiciones del COPCI y la instrumentalización de la política. La estrategia privilegia un proteccionismo para las empresas nacionales, y se trata de restringir importaciones con medidas para arancelarias; sin existir concomitantemente una clara política de fomento de exportaciones que podría suplir con creces el nivel de importaciones.

1.1.4 CONCLUSIÓN

Una visión retrospectiva del sistema y la política gubernamental, demuestra que el Ejecutivo ha ido absorbiendo todos los sectores de la economía, bajo un esquema de regulación y control, configurando las bases para un sistema económico de planificación centralizada que privilegia la inversión pública, y en no pocos casos, en detrimento de la inversión privada. Según el esquema de administración previsto en los diferentes cuerpos legales que se han aprobado a partir del 2007 el gobierno actúa a través de consejos de administración, comités técnicos, y en general instancias de decisión y control, donde el Ejecutivo está siempre presente.

Capítulo aparte merece el análisis de la política del Gobierno respecto del sector financiero privado sujeto a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el que la intervención estatal ha sido muy notoria.

1.2. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS A LAS DIFERENTES LEYES COMO CONSECUENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DE REDISTRIBUCIÓN DE LOS INGRESOS PARA EL GASTO SOCIAL - LORIGAS

La Ley tiene una normativa de contenido tributario, dirigida exclusivamente a gravar al sector financiero privado sujeto al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros. A este fin se reforma las Leyes de: Régimen Tributario Interno, Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, General de Instituciones del Sistema Financiero,

¹² Art.71 del COPCI

Orgánica de la Economía Popular y Solidaria del Sector Financiero, Popular y Solidario y de Creación del Servicio de Rentas Internas.

1.2.1 CAMBIOS EN LA LORTI

a) Reinversión de utilidades

Según el art. 37 las sociedades que reinvierten sus utilidades en el país pueden obtener una reducción de 10 puntos porcentuales de la tarifa del IR sobre el monto reinvertido en activos productivos, así como para la adquisición de bienes relacionados con investigación y tecnología que mejoren productividad, generen diversificación productiva e incremento de empleo.

El artículo normaba que igual incentivo lo tenían instituciones financieras privadas, cooperativas de ahorro y crédito y similares, cuando destinen la reinversión de sus utilidades al otorgamiento de créditos para el sector productivo, incluidos los pequeños y medianos productores.

La Ley deja dicho incentivo solamente a: “las organizaciones del sector financiero popular y solidario sujetas al control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda,” excluyéndose del incentivo por tanto, a las instituciones financieras privadas, cooperativas de ahorro y crédito y similares.

b) Cálculo del Anticipo a Impuesto a la Renta

De acuerdo al art. 41 el pago del IR se lo realiza en primer lugar a través del anticipo de dicho impuesto, el cual contemplaba que: “Para la liquidación de este anticipo las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros y cooperativas de ahorro y crédito y similares, no considerarán en el cálculo del anticipo los activos monetarios”.

La reforma legal asigna esta posibilidad únicamente a “Las organizaciones del sector financiero popular y solidario sujetas al control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda.

Además se establece que para la referencia de los ingresos, se considerarán los ingresos gravables del ejercicio anterior, sobre los cuales se pagará el 3%, porcentaje que podrá ser reducido al 1%, en forma general o por segmentos, en casos debidamente justificados por razones de índole económica o social, mediante Decreto Ejecutivo, previo informe del Ministerio encargado de la política económica y del Servicio de Rentas Internas.

c) Impuesto al Valor Agregado a los Servicios Financieros

El art. 56 determina que el IVA grava a todos los servicios, y enumera los gravados con tarifa cero, así en su numeral 12 se indicaba anteriormente “los financieros y bursátiles prestados por las entidades legalmente autorizadas para prestar los mismos”. Consecuencia de la Reforma ahora se encuentran gravados los servicios financieros al haber sido eliminados del numeral 12 mencionado.

d) Sanciones para los sujetos pasivos

El art. 106 ha sido modificado de la siguiente forma: “Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas en el país, que no entreguen la información requerida por el Servicio de Rentas Internas, dentro del plazo otorgado para el efecto, serán sancionadas con una multa de 1 a 6 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general”, que se regulará teniendo en cuenta los ingresos y el capital del contribuyente, según lo determine el reglamento.

De otra parte se estipula que para la información requerida por la Administración Tributaria no habrá reserva ni sigilo que le sea oponible, “y será entregada directamente, sin que se requiera trámite previo o intermediación, cualquiera que éste sea, ante autoridad alguna”.

De esta forma se hace abstracción de lo estipulado en el Código Tributario de que la sanción será de una multa de “30 hasta 1.500 dólares de los Estados Unidos de América”.

Sin embargo de la sanción a los sujetos pasivos en general, se particulariza respecto de las instituciones financieras sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros y las organizaciones del sector financiero popular y solidario, sujetas al control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria que no cumplan cabal y

oportunamente con la entrega de la información requerida por cualquier vía por el Servicio de Rentas Internas, las *que serán sancionadas con una multa de 100 hasta 250 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general por cada requerimiento*. Resulta curioso que el sigilo de la información se lo traslada a la Administración Tributaria, responsable de su custodia.

1.2.2 CAMBIOS A LA LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR

a) Cambios al Impuesto a la Salida de Divisas

El art. innumerado (...) a continuación del art. 162 que trata sobre el Crédito Tributario decía:

“Podrá ser utilizado como crédito tributario, (el ISD) que se aplicará para el pago del impuesto a la renta del propio contribuyente, de los 5 últimos ejercicios fiscales, los pagos realizados por concepto de impuesto a la salida de divisas en la importación de las materias primas, insumos y bienes de capital con la finalidad de que sean incorporados en procesos productivos.

Las materias primas, insumos y bienes de capital a los que hace referencia este artículo, serán los que consten en el listado que para el efecto establezca el Comité de Política Tributaria”.

Con la reforma se introduce la posibilidad de que el impuesto a la salida de divisas ISD sea considerado como Crédito Tributario en el ejercicio fiscal en que se generó con respecto al impuesto a la renta, o respecto de los cuatro ejercicios fiscales posteriores, pudiendo ser objeto de devolución por parte del Servicio de Rentas Internas, previa solicitud del sujeto pasivo.

Esta reforma obvia las dificultades que el país podía tener con la Organización Mundial de Comercio (OMC), por demandas planteadas por la imposición de medidas obstaculizadoras de los términos de comercio internacional.

b) Cambios al Impuesto a los Activos en el Exterior

Se sustituye el art. 183 referente al hecho generador en la siguiente forma:

"Se considera hecho generador de este impuesto:

1. La tenencia a cualquier título de fondos disponibles en entidades domiciliadas fuera del territorio nacional, sea de manera directa o a través de subsidiarias afiliadas u oficinas en el exterior del sujeto pasivo; y,
2. Las inversiones en el exterior de entidades reguladas por el Consejo Nacional de Valores."

Con este texto se incluye a la *subsidiarias, afiliadas u oficinas en el exterior*, ocasionando un serio conflicto con las administraciones de control de los respectivos países donde estuvieren establecidas. También se añade el numeral 2.

La tarifa de este impuesto era del 0.084% mensual sobre la base imponible, y se la cambia a "0.25% mensual sobre la base imponible aplicable para los fondos disponibles en entidades extranjeras y de inversiones emitidas por emisores domiciliados fuera del territorio nacional".

"Cuando la captación de fondos o las inversiones que se mantengan o realicen a través de subsidiarias ubicadas en paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes o a través de afiliadas u oficinas en el exterior del sujeto pasivo, la tarifa aplicable será del 0.35% mensual sobre la base imponible; esta tarifa, podrá ser reducida en casos debidamente justificados por razones de índole económica o social, mediante Decreto Ejecutivo, hasta el 0,1%, en forma general o por segmentos, previo informes del Ministerio encargado de la política económica, y del Servicio de Rentas Internas."

Demás está decir que dichas condiciones tornarían inmanejables las inversiones en el exterior, punto que se analiza en forma particular más adelante.

1.2.3 CAMBIOS A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

a) Sigilo y Reserva Bancaria

El sigilo bancario establecido en el art. 88 sufre una alteración al modificarse el párrafo cuarto en el siguiente sentido: podrán también proporcionar información general respecto del comportamiento de clientes en particular, para fines de evaluación de crédito a requerimiento de otra institución del sistema financiero o de establecimientos comerciales autorizados por aquellos, sin que ello implique la facultad de revelar transacciones individualizadas, “salvo el caso si dichas operaciones fuesen requeridas por el Servicio de Rentas Internas, en donde las aludidas instituciones tendrán la obligación de proporcionar una información personalizada y parcializada sobre los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en sus establecimientos”.

En concordancia con esta reforma en el literal h) del art. 91 se exceptúan de las prohibiciones contempladas en este capítulo a: “Cualquier información solicitada por el Servicio de Rentas Internas, de manera directa, sin trámite o intermediación alguna, y en las condiciones y forma que esta entidad lo disponga, para sus fines de gestión, control, determinación y recaudación tributaria.”.

b) Administración de las entidades financieras

La Ley interviene en las atribuciones de la Junta Bancaria al reformar el Art. 175 incluyendo la de: “g) Establecer el monto máximo de las remuneraciones de los administradores y representantes legales de las instituciones bajo su control.”

1.2.4 CAMBIOS A LA LEY ORGÁNICA DE LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA Y DEL SECTOR FINANCIERO POPULAR Y SOLIDARIO

Consistente con los cambios en la Ley de Instituciones Financieras, también en este caso se altera el esquema del sigilo bancario con el siguiente texto:

“Las organizaciones del sector financiero popular y solidario tendrán la obligación de entregar al Servicio de Rentas Internas, de manera directa, sin trámite o intermediación alguna, y en las condiciones y forma que esta entidad lo disponga, cualquier información que sea requerida para sus fines de gestión, control, determinación y recaudación tributaria.”

1.2.5 CAMBIOS EN LA LEY DE CREACIÓN DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

La Administración tributaria siempre ha podido solicitar información a los agentes económicos incluyendo las Instituciones del Sistema Financiero, pero con las justificaciones correspondientes y con la debida motivación a través de la SBS. Para este efecto la norma, en el art. 20, preveía lo siguiente:

“Las entidades del sector público, las sociedades, las organizaciones privadas, y las personas naturales estarán obligadas a proporcionar al Servicio de Rentas Internas toda la información que requiere para el cumplimiento de sus labores de determinación, recaudación y control tributario. El Director General del Servicio de Rentas Internas, en los casos que se justifiquen y sujetándose a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, podrá solicitar a través del Superintendente de Bancos, a los bancos y demás entidades sujetas a su control, a la Superintendencia de Compañías y a los demás organismos de control del Estado, la información necesaria para la determinación de las obligaciones tributarias de los contribuyentes”.

La reforma ratifica el derecho de la Administración Tributaria, atribuido en la nueva Ley, a solicitar información en forma directa para lo cual se elimina la intermediación de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

1.2.6 DISPOSICIONES GENERALES, TRANSITORIAS Y DEROGATORIA GENERALES

“PRIMERA.- A las instituciones financieras domiciliadas en el Ecuador, en el ámbito de esta reforma, en las transacciones y servicios efectuados en el país, les queda

terminantemente prohibido trasladar las cargas tributarias determinadas en esta Ley, a los clientes y usuarios de las mismas.

La Superintendencia de Bancos y Seguros y el Servicio de Rentas Internas, dentro de sus competencias, monitorearán, vigilarán, controlarán y sancionarán de manera ejemplar el incumplimiento de esta disposición.” (El subrayado me pertenece)

“SEGUNDA.- El Ministerio rector de la inclusión económica y social continuará, dentro de su estrategia territorial, fortaleciendo su acción en las zonas de frontera y región amazónica a fin de procurar que, entre los beneficiarios del bono de desarrollo humano que se designen conforme a la normativa correspondiente, se prioricen a los adultos mayores y las personas con discapacidad que se encuentren en esa situación de vulnerabilidad.

La Función Ejecutiva mantendrá la potestad de regulación, administración, operación, monitoreo y pago del mencionado Bono.”

TRANSITORIAS

“PRIMERA.- El Ministerio de Inclusión Económica y Social, en el plazo de 90 días de publicada en el Registro Oficial esta Ley, informará a la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control de la Asamblea Nacional, respecto al cumplimiento de las medidas de promoción contempladas en el artículo 137 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario.

SEGUNDA.- El Servicio de Rentas Internas, en el plazo de 90 días de publicada en el Registro Oficial esta Ley, informará a la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control de la Asamblea Nacional, respecto a la carga tributaria de los cien grupos económicos más grandes del País.”

DEROGATORIA

“PRIMERA: Deróguese el inciso tercero del artículo 33 de la Ley de Régimen Tributario Interno que disponía:

Las personas naturales o jurídicas contratantes se constituyen en agentes de retención, debiendo calcular el impuesto a retener sobre la base de todo el ingreso que perciban las personas naturales residentes en el exterior y las sociedades extranjeras que no tengan un establecimiento permanente en el Ecuador, incluyéndose entre esos ingresos los que correspondan a dinero, especies o servicios apreciables en dinero, percibidos por los mismos, entre otros: honorarios, dietas, hospedaje, alimentación, viáticos y subsistencias, transporte”.

Demás está decir que esta disposición resultaba impracticable.

1.2.7 CONCLUSIÓN

Las reformas introducidas por la “Ley Orgánica de Distribución de los Ingresos para el Gasto Social” en el ámbito impositivo y sancionatorio tiene como objetivo esencial el sector financiero privado sujeto al control de la Superintendencia de Bancos en forma exclusiva. Este direccionamiento a un sector económico específico, es ajeno a la observancia de los principios constitucionales como base de la legalidad, lo cual obliga a un profundo análisis.

CAPÍTULO II.- ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LA TUTELA JURÍDICA DEL CONTRIBUYENTE Y EL PROCESO DE APROBACIÓN DE LA LEY

El análisis de la tutela jurídica del contribuyente y de los principios constitucionales es el marco de referencia que permite estudiar el proceso de aprobación de la LORIGAS, y la sujeción de los poderes públicos al mandato constitucional. R. Calvo Ortega expresa que “si examinamos los principios constitucionales veremos que tienen una finalidad de garantía y más concretamente de defensa de los ciudadanos ante tales poderes públicos”.¹³

De otra parte indica el autor que “la tutela jurídica representa la protección que tiene el ciudadano frente a las arbitrariedades del poder constituido. Representa el avance de los ciudadanos frente a los Poderes Públicos, desde luego frente a los de carácter absoluto, pero también en relación con los de naturaleza democrática”¹⁴, tiene una finalidad de garantía, de defensa ante tales poderes públicos.

La configuración de un Estado de Derecho exige la existencia y el cumplimiento de un conjunto de principios derivados de un principio de justicia tributaria que tendría dos vertientes: la formal, cuya principal función y significado político es evitar la arbitrariedad de los poderes públicos; y la material, cuya misión es hacer efectiva la idea de justicia material o efectiva, relacionándola al principio de capacidad económica.¹⁵

A continuación una revisión de los principios constitucionales, los principios legales y aquellos comunes a la generalidad del Derecho.

2.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Eusebio González García, catedrático de Derecho Tributario de la Universidad de Salamanca indica que “los principios constitucionales no son floreros bonitos para adornar la mesa”¹⁶, en referencia a que la constitucionalización de los principios tiene efectos

¹³ Calvo Ortega, Rafael, *Curso de Derecho Financiero I Derecho Tributario (Parte General)*, Madrid, Edic. 4, Civitas Ediciones S.L., 2000, p. 54.

¹⁴ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 54).

¹⁵ Ruiz Almendral, Violeta; Troya Jaramillo, José Vicente y Zornoza Pérez, Juan, *Finanzas Públicas y Constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 116 y 117

¹⁶ González García, Eusebio, *Principios Constitucionales Tributarios. El principio de seguridad jurídica y la codificación tributaria*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa y Universidad de Salamanca, 1993, p. 170.

jurídicos de notable importancia al darles una estabilidad máxima. Así los principios constitucionales no son simples directrices políticas sin efectividad jurídica, son normas jurídicas, vinculantes para los poderes públicos, y aplicables por los tribunales. De esta forma los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución

Para el ciudadano, representa ganar terreno al Poder, obligándolo a someter su actividad financiera, obtención y gasto de recursos, a unos principios opuestos a la discriminación y a la irresponsabilidad; en síntesis, a principios que fuesen un núcleo de justicia indiscutible.

El efecto básico es que vincula al legislador y permite un control de constitucionalidad. “Algo que ha demostrado su operatividad en el campo de los tributos y que terminará haciéndolo también en la vertiente del gasto público, cuando se avance científicamente en el estudio de este fenómeno financiero, cada día más extendido en los estados modernos”.¹⁷

La constitucionalización de los principios contribuye a una mayor cohesión del ordenamiento político y jurídico. No es lo mismo que los principios tributarios estuvieran solo en el Código o en la Ley de Régimen Tributario a que constituyan un mandato explícito de la Constitución.

A continuación los principios que constan en la mayor parte de las constituciones democráticas del mundo.

2.1.1 PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA

Tomo la definición clásica de F. Neumark, sobre el principio de generalidad en la imposición según la cual “exige, por un lado, que todas las personas (físicas y jurídicas) que demuestre capacidad económica susceptible de gravamen sean sujetas a imposición, sin atender a criterios como la nacionalidad, estado civil, clase social, religión, raza, etc., y que las excepciones obedezcan a objetivos de política general, sociales o culturales que se consideren de ineludible cumplimiento”.¹⁸ “Así este principio supone tres requerimientos para el legislador: que grave todas las capacidades económicas, que lo haga de acuerdo con

¹⁷ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 55).

¹⁸ Ruiz Almendral, Violeta y Zornoza, Juan, *Sistema Tributario y Constitución. Finanzas Públicas y Constitución*, cita a Fritz Neumark Grundsätze gerechter...op.cit., p.118.

el criterio de abstracción e impersonalidad, lo que incluye una tributación *intuitu personae*, y exige que no se establezcan privilegios de ninguna clase”.¹⁹

2.1.2 CAPACIDAD ECONÓMICA

El principio de capacidad económica o capacidad contributiva tiene una importancia básica. Hace referencia a la posibilidad real, a la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación concreta por parte del fisco. Tanto así que para muchos autores es un elemento constitutivo del tributo y no solo un principio constitucional. Tiene manifestaciones directas, como el caso de renta y patrimonio; y manifestaciones mediatas o indirectas, como el caso de la producción, circulación y consumo. Según Villegas, en el primer caso se trata de índices de capacidad contributiva, en el segundo de indicios.²⁰ Por ello es aplicable en línea de principios a todos los tributos.²¹

La capacidad contributiva como principio tributario es una manifestación de la igualdad o incluso su concreción para este ámbito,²² y debe ir íntimamente enlazada al principio de progresividad. De igual forma Arístides Horacio M. Corti hace referencia a que en las constituciones antiguas, como la argentina, el principio de capacidad contributiva aparece subsumido bajo el nombre de principio de igualdad.²³

2.1.3 PROGRESIVIDAD

Este principio supone que el establecimiento de un tributo debe hacerse de manera que a un aumento de la base imponible, corresponde un aumento más que proporcional de la obligación tributaria. Se concreta en un tipo de gravamen más elevado a medida que la base imponible sea más alta. De esta forma la progresividad viene a ser una exigencia de la

¹⁹ Rodríguez Fereijó, Álvaro, *El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Revista Española de Derecho Constitucional, N. 36, 1992, p. 41, citado por Ruiz Almendra, Violeta y Zornoza Pérez, *Finanzas Públicas y Constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 119.

²⁰ Corti, Arístides Horacio M, *Los principios constitucionales y el sistema Fiscal Argentino*, en Eusebio González, comp., *Principios Constitucionales Tributarios...*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1993, p. 182.

²¹ Zornoza Pérez, Juan, *Exposición sobre los Principios Tributarios y Constitución*, en *Finanzas Públicas y Constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 119.

²² Dieter, Birk, *Exposición sobre los Principios Tributarios y Constitución en Finanzas Públicas y Constitución*, citado por Juan Zornoza, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p.121.

²³ (Corti, Arístides Horacio M, *Los principios constitucionales ...*, 182)

capacidad económica, fundamentalmente en el tributo básico del impuesto a la renta de las personas físicas.²⁴

El principio de progresividad es en buena medida una manifestación de la exigencia de otorgar un tratamiento diferenciado a quienes muestran distintas capacidades económicas, y es así como el principio de progresividad se presenta como una manifestación de la igualdad.²⁵

2.1.4 LA IGUALDAD TRIBUTARIA

El principio de igualdad tributaria ha sido definido como *la obligación que tienen los poderes públicos de gravar igual a los sujetos que se encuentren en la misma situación*. De cualquier forma al ser los ciudadanos iguales ante la ley, el principio de igualdad, preside a la igualdad tributaria y la refrenda, en cuanto supone una actitud del poder constituyente contra la discriminación y un imperativo para los poderes públicos, comenzando por el legislativo.²⁶

“El principio de igualdad ante la Ley en su vertiente formal, exige el tratamiento igual de situaciones que pueden considerarse iguales o similares y la prohibición por tanto, de desigualdades artificiosas o injustificadas, lo que se producirá cuando el tratamiento jurídico diferenciado carezca de una justificación objetiva y razonable”.²⁷

El mandato normativo de respetar la igualdad es soporte sustancial del ordenamiento jurídico universal, el mismo que tiene doble dimensión: igualdad en la ley, e igualdad en la aplicación de la ley.

2.1.5 LA JUSTICIA TRIBUTARIA COMO PRINCIPIO GLOBAL RELATIVO AL SISTEMA

Tiene como campo de acción a la totalidad del sistema, es decir abarca por un lado a todos los tributos y por otro, a todos los contribuyentes que se encuentran en igualdad de

²⁴ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 89).

²⁵ Fritz, Neumark *Grundsätze*, p. 195, citado por Ruiz Almendral, Violeta y Zornoza, Juan, *Sistema Tributario y Constitución. Finanzas Públicas y Constitución* p. 124

²⁶ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 90, 91 y 92).

²⁷ (Ruiz Almendra, Violeta y Zornoza Pérez, *Finanzas Públicas y Constitución*, 123).

condiciones. Las consideraciones hechas con relación al principio de igualdad, se puede atribuir al principio de justicia tributaria. Generalidad, más capacidad económica y más progresividad, garantizan una justicia tributaria entendida como prohibición de tratar en forma desigual a los que están en las mismas condiciones obligándolo a aplicar la misma carga tributaria.²⁸

2.1.6 LA NO CONFISCACIÓN COMO LÍMITE DEL SISTEMA

La no confiscación constituye un límite al poder tributario, consiste en la prohibición de poner una carga fiscal exorbitante a los ciudadanos considerando al sistema como un todo. Es evidente que la confiscación tendría como objetivo la imposición sobre la renta y el patrimonio principalmente, ya que el impuesto al consumo habría que descartar, porque se deriva en general de un acto de gestión voluntaria de la persona. Si la capacidad económica constituye un fundamento de la imposición, es claro que en su ausencia, resultaría el caso de una imposición confiscatoria.

2.1.7 PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Aunque este principio no es exclusivo del derecho tributario, se trata de un precepto de atribución de poder, otorgado por la Constitución al legislativo. Solo por Ley se puede crear, derogar o modificar impuestos y todos sus elementos esenciales; pero el legislativo lo tiene que hacer ateniéndose a los principios constitucionales; esta es la forma en la que el legislativo enfrenta la exigencia de la legalidad.

2.2. PRINCIPIOS LEGALES

Estos principios si bien no se vinculan con la norma constitucional, en términos estrictos de jerarquía de normas, y serán respetados siempre por el legislador, debido a su lógica, operatividad y necesidad para la actividad tributaria. Se refieren a la no discrecionalidad, no afectación de ingresos, indisponibilidad de situaciones subjetivas entre otros.

²⁸ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 92).

2.2.1 NO DISCRECIONALIDAD

Hace referencia a la discrecionalidad administrativa y no a la normativa, aún así el Derecho Tributario reconoce una escasa actividad administrativa discrecional.²⁹ Nuestro Código Tributario elimina la posibilidad de actos discrecionales en materia tributaria en el art. 10. En el plano administrativo no se trata de discrecionalidad la simple elección de un medio u otro para la realización de una actividad o de un objetivo vinculante. Solo si esta elección incide directamente sobre el sujeto pasivo puede hablarse de discrecionalidad.

2.2.2 NO AFECTACIÓN DE INGRESOS

Sugiere la devolución del ingreso como pago indebido, en el caso de que la afectación tributaria no se produzca, en todo o en parte.

2.2.3 INDISPONIBILIDAD DE LAS SITUACIONES SUBJETIVAS

La constitución exige que los tributos sean satisfechos en los términos y por los sujetos previstos en la Ley de acuerdo a su capacidad económica, pues así lo demanda la justicia del sistema tributario.

2.3. PRINCIPIOS GENERALES COMUNES DE AMPLIA PROYECCIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Tienen particular importancia al tratarse del Derecho Tributario por las características especiales de vinculación entre el Estado y el ciudadano.

2.3.1 PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Es la garantía dada al individuo por el Estado de que su persona, bienes o derechos no serán violentados, asegurándole la protección y reparación correspondientes. La seguridad jurídica, es la *certeza del derecho en relación con los efectos jurídicos* de un determinado hecho realizado por una persona.³⁰ Tiene fundamental importancia en el

²⁹ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 100).

³⁰ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 9).

ordenamiento tributario, ya que el tributo es una obligación creada por ley, en acto unilateral del Estado y por tanto la producción y regulación de sus efectos es ajena a la voluntad de los sujetos pasivos, a diferencia de una obligación contractual, establecida por voluntad de las partes.

2.3.2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

*El derecho es en gran medida proporción entre prestaciones, entre exigencia a los sujetos y capacidad organizativa de éstos, entre infracciones y sanciones, etc.*³¹ En el campo tributario la proporcionalidad se refiere entre otros aspectos a la relación que debe existir entre la obligación tributaria y, deberes y responsabilidades exigidos a los contribuyentes o sujetos pasivos en general.

2.4. RÉGIMEN TRIBUTARIO EN EL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador en la Sección Quinta del Capítulo Cuarto del Título VI, Trata del Régimen Tributario y en su art. 300 se establecen los Principios Tributarios así: *“El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria”*.

La Constitución manda como política general que se prioricen “los impuestos directos y progresivos”.

Si bien la Constitución de la República no reconoce en forma expresa, dentro de los principios del sistema tributario los de igualdad, capacidad contributiva, y no confiscatoriedad, a diferencia de la mayoría de constituciones en el mundo, surge explícito del reconocimiento del principio de igualdad de las personas en la ley (art. 11.2), del deber de contribuir las personas con la carga tributaria pagando impuestos, (art. 83.15) dentro del marco de equidad y justicia que, como principios tributarios, proclama el artículo 300. En efecto señala el art. 83 que: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: [...] 15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley.”

³¹ (Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero...*, 111).

La no confiscariedad está prevista en la Constitución en forma general en el art. 323 de los derechos de propiedad.

Cabe aclarar que el Código Tributario sí reconoce en forma explícita el principio de igualdad como principio del Régimen Tributario, en su art. 5 que manda: “El régimen tributario se regirá por los principios de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad.”

La igualdad como principio consagrado en la Constitución, en el art. 11.2 dentro del capítulo de los derechos humanos, señala que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

Así mismo, el art. 66 establece: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

El constituyente del Ecuador se ha referido al principio de igualdad en varios artículos de la Constitución, en este último proclama el derecho a la igualdad y no discriminación. El principio de igualdad de las personas, y el reconocimiento del deber de todas ellas de contribuir con la carga tributaria pagando impuestos (art. 83.15) dentro del marco de equidad y justicia, configuran un elemento básico del tributo, la “capacidad contributiva”, principio según el cual todas las personas están obligadas a pagar los impuestos de Ley de acuerdo a su capacidad económica.

Cabe considerar que al ser los ciudadanos iguales ante la ley, según el art. 11.2, el principio de igualdad, *antecede a la igualdad tributaria*, en cuanto expresa una actitud del poder constituyente contra la discriminación y un imperativo para los poderes públicos, comenzando por el legislativo. El principio de igualdad, es en nuestra constitución, un

derecho fundamental. La no discriminación, esencia del principio de generalidad, como lo menciona Calvo Ortega, significa la prohibición de la aplicación desigual en la ley y ante la ley. Es la prohibición de que en una situación jurídica donde personas naturales o jurídicas se encuentran en idénticas condiciones que otras, sean tratadas de manera diferente, es decir, que sus actos sean regulados con mandatos distintos.

2.5. PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL CONTRIBUYENTE

En este tema estarían inmersos buena parte de los problemas que pueden presentarse en las relaciones entre la autoridad y los ciudadanos. Los problemas que plantea la tutela jurídica, se traducen en problemas de garantías para prevenir o remediar conflictos. No se trata entonces de circunscribirse al plano de la impugnación a través de reclamos y recursos que constituyen siempre una acción posterior a los actos dictados por la Administración Tributaria, y que en consecuencia ya han incidido en el patrimonio y en la situación jurídica del contribuyente, sino además, de examinar las garantías dispuestas en el ordenamiento jurídico para prevenir y reaccionar frente al ejercicio del poder y las consecuencias en desequilibrios futuros que pueden causar. Por lo tanto, la primera garantía para preservar la posición jurídica del contribuyente se refiere *“a las garantías básicas y previas a la creación y aplicación de tributos, reduciendo los supuestos en los que el litigio resulte ineludible”*. Esto es reducir al mínimo las pretensiones infundadas que acabarán en conflictos sin otra vía de solución que acudir a los tribunales.³²

El derecho fundamental del ciudadano a ser gravado “con arreglo a la Ley” y “de acuerdo a los principios constitucionales” se reduce a la plena efectividad tanto de las posibilidades como de los límites y controles jurídicos de las funciones y potestades de los entes públicos. Como lo expresa el Dr. Fabián Corral: “Las potestades gubernativas, que se reflejan en actos políticos o de gobierno propiamente dichos, y en la potestad administrativa del Estado, que se ejerce en forma reglada y con sometimiento a la Constitución y a la Ley”.

Dentro del tema de protección jurídico constitucional del contribuyente, resulta de mucho interés los criterios del Prefecto Yebra Martul–Ortega, Catedrático de Derecho

³² Casado Ollero, Gabriel, *Tutela Jurídica y Garantías del Contribuyente en el procedimiento tributario*, en Eusebio González, comp., *Principios Constitucionales Tributarios...*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1993, p. 93 y 94

Financiero y Tributario de la Universidad de Santiago de Compostela,³³ que se refiere al momento en que el legislador crea la norma tributaria. Se trata de saber cuál es la posición que ocupa el contribuyente, frente al legislador, de conocer cuál es la protección constitucional de que goza quien va a estar sometido a una obligación tributaria. Es decir, “no se trata de la protección en el momento de la aplicación del derecho, sino en el momento de la creación del mismo”. En la primera fase, en la creación del derecho, la norma constitucional “establece un cauce” preordena la actividad legislativa.³⁴ El legislador deberá tener en cuenta lo prescrito en la Constitución respecto de los principios tributarios especialmente el de justicia en materia tributaria como garantía del contribuyente.

Para explicar la segunda fase o de aplicación del derecho cito a A. Rodríguez Bereijó:

“La incidencia de los derechos fundamentales en el ámbito tributario adquiere una particular relevancia, en tanto límites constitucionales al ejercicio del poder tributario y de las potestades administrativas que el ordenamiento atribuye a la aplicación concreta de los tributos—inspección y comprobación, recaudación, régimen sancionador señaladas en la Ley que vienen a configurar un auténtico estatuto jurídico del contribuyente”³⁵.

La tercera fase la constituiría el conjunto de garantías del propio procedimiento administrativo en vía de recursos o las de la jurisdicción contenciosa. Es decir en el momento de la liquidación y concreción de la obligación tributaria, si el contribuyente no está de acuerdo con la actuación de la Administración que le exige el pago de un tributo.

Los mecanismos de garantía no se circunscriben entonces al plano impugnatorio de reclamos y recursos frente a las actuaciones administrativas ya producidas, ni al derecho de impugnación jurisdiccional, cuando la Administración ya ha decidido y ejecutado sus pretensiones.³⁶ “La primera garantía útil para preservar los derechos del contribuyente, es

³³ Martul-Otega, Perfecto Yebra, *Protección constitucional de la sujeción tributaria*, XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario-Cartagena de Indias Octubre 1995, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 164.

³⁴ Escribano, Francisco, *La configuración jurídica del deber de contribuir*, citado por Martul-Otega, Yebra, *Protección constitucional de la sujeción tributaria*, XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario-Cartagena de Indias Octubre 1995, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 164.

³⁵ Rodríguez Bereijó, Andrés, *Sujetos Pasivos y Responsables Tributarios*, citado por Martul-Otega, Perfecto Yebra, *Protección constitucional de la sujeción tributaria*, XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario-Cartagena de Indias Octubre 1995, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 165.

³⁶ (Martul-Otega, Perfecto Yebra, *Protección constitucional de la sujeción tributaria*, 165).

proteger las garantías básicas y previas que contribuyen a prevenir o evitar estos procesos, reduciendo al mínimo las pretensiones infundadas y especialmente sujetándose, el legislador, en la promulgación de la Ley a los principios constitucionales y la Administración al procedimiento de justicia previsto en dichos principios y al resarcimiento íntegro de consecuencias dañosas producidas al contribuyente”.³⁷

Por su parte Gabriel Casado Ollero señala que no es menester demasiados argumentos para destacar la notable amplitud y alcance de la tutela jurídica y garantías del contribuyente en el procedimiento tributario. El derecho fundamental del ciudadano a ser gravado con arreglo a la Ley y de acuerdo a su capacidad económica, el derecho a “no soportar detracciones patrimoniales que no resulten impuestas conforme al orden constitucional”.

En el ámbito de la tutela del contribuyente, cabe referirse al principio de legalidad que según Eugenio Simón Acosta, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Navarra, debe ser diferenciado netamente del principio de reserva de Ley, ya que debe ser ésta la que regule determinados aspectos del tributo. El principio de reserva de Ley tiene una función garantista de la libertad y la propiedad individuales, ya que todo acto administrativo debe basarse en una norma general que lo autorice.³⁸

El principio de Seguridad Jurídica, según el Dr. Eusebio González, catedrático de Derecho Tributario de la Universidad de Salamanca, ha merecido el reconocimiento entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre por parte de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de NNUU. “La idea de certeza sobre el Derecho es una exigencia primaria del principio de seguridad jurídica”.³⁹ En este sentido, afirma el autor, son importantes en primer lugar, la estabilidad del Derecho, en segundo término, el suficiente desarrollo normativo dentro de las fuentes, y finalmente, la certidumbre de los remedios jurídicos a disposición del contribuyente, caso de incumplirse las previsiones del ordenamiento jurídico. “*Tradicionalmente se viene considerando el rechazo de la*

³⁷ Casado Ollero, Gabriel, *Tutela Jurídica y Garantías del Contribuyente*, en Eusebio González, comp., *Principios Constitucionales Tributarios...*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1993, p. 93

³⁸ Simón Acosta, Eugenio, *Principios Constitucionales Tributarios. Principio de Legalidad o Reserva de Ley Tributaria*, comp. González García, Eusebio, *Principios Constitucionales Tributarios, El principio de seguridad jurídica y la codificación tributaria*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1993, p. 159.

³⁹ (González García, Eusebio, *Principios Constitucionales Tributarios...*, 29).

*arbitrariedad como el aspecto o manifestación negativa del principio de seguridad en el ámbito jurídico”.*⁴⁰

2.6. LEY ORGÁNICA. PROYECTO DE URGENCIA ECONÓMICA

Debido a que el Proyecto de la LORIGAS fue enviado con el carácter de urgente para la aprobación de la Asamblea Nacional, caben algunas consideraciones sobre las características de una ley orgánica y sobre los elementos para dotarla de esta categoría.

Se considera que los principios son orgánicos, y éstos deben estar en la Constitución para darles estabilidad indiscutible y ganar terreno al Poder, obligándole a someter su actividad, a unos principios opuestos a la discriminación y a la irresponsabilidad. Por su parte la Ley, salvo casos muy especiales no requiere ser orgánica. Según el art. 133 de la Constitución:

“Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.
5. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional. Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica”.

La mayoría absoluta para su aprobación–derogación, le da una tónica de inamovilidad en el tiempo por las dificultades de lograr dicha mayoría. De otra parte, es normal, como lo indica el art. 133, que se limite la aplicación de las leyes orgánicas a una serie de materias concretas. El fundamento de esta limitación radica en la necesidad de

⁴⁰ (González García, Eusebio, *Principios Constitucionales Tributarios...*, 32)

obligar a la regulación con amplia mayoría parlamentaria de ciertas materias muy sensibles y evitar esa regulación, que es mucho más difícil de modificar, en las leyes ordinarias, en otro tipo de materias más cambiantes y que necesitan de mayor flexibilidad en su regulación.

Por otra parte, el carácter de urgencia en materia de aprobación de una ley, se da “en caso de extraordinaria y urgente necesidad”.⁴¹ Sus especiales características tienen un reflejo en su contenido posible, de forma que estas normas no podrán afectar, entre otras materias, “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, entre los que se encuentra el deber de contribuir a los gastos públicos, lo que conforma una clara limitación de esta clase de normas en materia tributaria”.⁴²

Dado el contexto electoral en el que se gestionó y aprobó la Ley Orgánica de Distribución de los Ingresos para el Gasto Social, cabe hacer referencia a la opinión de Violeta Ruiz Almendral, profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid. La catedrática opina que “en los estados democráticos, el sistema tributario ocupa el centro emocional de todas las campañas electorales y buena parte de la vida política y en consecuencia las reformas tributarias deberían mantenerse al margen de estos procesos”; y concluye que en coherencia con ello, las reformas de impuestos, y en especial las que afectan a aquellos especialmente visibles, *a menudo influyen definitivamente en las decisiones electorales de los ciudadanos*.⁴³

Stiglitz habla de no tomar decisiones tributarias en períodos electorales o basadas en sentimientos “viscerales”. Generalmente, en los procesos políticos es cuando se realizan reformas hacia los subsidios que en el largo plazo tienen efectos adversos en la economía. Sugiere que debe haber una clara distinción entre economía y procesos políticos, que lamentablemente en la realidad, no se cumple.⁴⁴

En el caso de la Ley Orgánica de Distribución de los Ingresos para el Gasto Social, “son ostensibles las razones que dieron origen al Proyecto, de lo que fuera Ley después, e imposibles de ocultar por ser públicas, y en cuyo protagonismo surge la figura del

⁴¹ (Ruiz Almendral, Violeta y Zornoza Pérez, Juan, *Finanzas Públicas y Constitución*, Sistema Tributario y Constitución, Disposiciones de Urgencia, 135).

⁴² (Ruiz Almendral, Violeta y Zornoza Pérez, Juan, *Finanzas Públicas y Constitución*, Sistema Tributario y Constitución, Disposiciones de Urgencia, 135).

⁴³ Ruiz Almendral, Violeta, *Impuestos y Estado social*, Finanzas Públicas y Constitución, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 9.

⁴⁴ Stiglitz, Joseph, *New perspectives on public finance: recent achievements and future challenges*, *Journal of Public Economics*, New York, Columbia University, 2002, p. 341-360.

Presidente de la República de manera patente”; así se expresa en la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Asociación de Bancos el 18 de abril de 2013 y aceptada a trámite por la Corte.

El Dr. Jorge Zabala Egas y el Ab. Jorge Zavala Luque, a cargo de la demanda, refieren al proceso y siguen la secuencia de acontecimientos que viciarían el proceso de tramitar un proyecto de Ley económico-urgente. A continuación se resumen dichos hechos.

En febrero del año 2013, el Consejo Nacional Electoral convocó a elecciones para elegir al Presidente y Vicepresidente de la República, así como a los representantes a la Asamblea Nacional. Un candidato a la presidencia anunció que como parte de su plan de gobierno incrementaría el Bono de Desarrollo Humano y la Pensión Asistencial para Adultos Mayores, a cincuenta dólares. Fue entonces cuando el Presidente de la República, a su vez candidato a la Presidencia, expresó: “nosotros siempre hemos querido incrementar el bono y no lo hacíamos para evitar más críticas [...] pero ahora como hay consenso, desde enero el bono de desarrollo humano se incrementa a USD 50, compañeros”.

De esta forma, el Presidente presentó una contraoferta de su campaña, y declaró que “ya que todos los candidatos estaban de acuerdo” él subiría el valor de dicho Bono, afirmando que su financiación se la haría a costa de gravar las utilidades de la banca privada.

Las instituciones financieras del país publicaron su posición sobre ese planteamiento, rechazando que se introduzca el tema en la campaña electoral y denunciando el peligro para el país, de que ello ocurra. El economista Abelardo Pachano expresó:

“Una declaración lamentable, desafortunada, la del Presidente de la República, la banca y el sistema financiero ha estado dedicado de manera exclusiva a cumplir con sus delicadas responsabilidades, nunca ha tenido y no tiene candidato propio y no le interesa realmente vincularse con ninguna candidatura, respeta a todas, espera que el país sepa escoger la mejor opción, y consecuentemente no tiene ninguna responsabilidad con las propuestas que realizan las distintas candidaturas, lamenta como el que más, que en este proceso de campaña electoral se le quiera involucrar y se le quiera ocasionar un daño que puede ser irreparable, más que para los accionistas, más que para los administradores, para los siete

millones de ecuatorianos que a lo largo de los últimos diez años le han confiado a la banca 20 mil millones de dólares”⁴⁵.

En este contexto termina de formular el Presidente de la República el Proyecto de Ley Económico–Urgente y es presentado al Presidente de la Asamblea Nacional como una confirmación de la formalidad de la oferta electoral.

“Un proyecto de Ley Económico Urgente no tiene legitimación constitucional si nace como instrumento de promoción electoral del Presidente, el presupuesto que la Constitución determina para que él ejerza esa potestad constitucional y pueda limitar las potestades de la Asamblea Legislativa no es concretar una finalidad propia, subjetiva y personal del ciudadano Presidente, lo es exclusivamente la real y urgente necesidad de dictar normas que satisfagan requerimientos sociales inaplazables e inmediatos”⁴⁶.

En la exposición de motivos que precede al proyecto enviado por el Ejecutivo, no se justifica la urgencia económica de éste, sin embargo de ser un requisito previo para el ejercicio de la potestad de iniciativa legislativa atribuida al Presidente de la República.

El Consejo de Administración Legislativo (CAL) “debió inadmitir el proyecto dado su evidente incumplimiento del presupuesto normativo exigido por la Constitución, ya que éste y la apreciación de la necesidad se convierte pues, en un trámite autónomo, un verdadero requisito de procedibilidad para la admisión del posterior proyecto o proposición de Ley”⁴⁷.

La “inobservancia del trámite propio del procedimiento legislativo, en perjuicio de las facultades parlamentarias de la Asamblea Nacional al tener que observar un procedimiento especial, de plazos y fases restringidos en tiempo y limitado en debates, en lugar del general, de plazos y fases ordinarios en tiempo, además, de amplio debate parlamentario”, concluye la demanda, sería la primera causa de inconstitucionalidad formal.

Un proyecto de ley económico-urgente debe comenzar por la verificación de la existencia de la necesidad y de la urgencia de la misma como realidades, pues, de no existir

⁴⁵ Pachano, Abelardo, *Contacto Directo*, entrevista de Ecuavisa, Quito, 25 de octubre de 2012.

⁴⁶ Zabala Egas, Jorge y Zabala Luque, Jorge, *Demanda de inconstitucionalidad de la Ley*, Quito, 18 de abril de 2013, p. 7.

⁴⁷ Cita de la Demanda. Santamaría Pastor, J., “*Fundamentos de Derecho Administrativo*”, Vol I. Madrid, 1988, p. 615.

éstas, se ejerce un exceso de poder no autorizado por la Constitución y, por tanto, se inicia un procedimiento legislativo viciado de inconstitucionalidad dado que incurre en arbitrariedad prohibida simulando una discrecionalidad permitida⁴⁸.

El CAL debió rechazar el Proyecto en ejercicio de las potestades que le atribuye la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

“Art. 56.- Calificación de los proyectos de Ley.- (Reformado por el art. 4 de la Ley s/n, R.O. 63, 10-XI-2009).- El Consejo de Administración Legislativa calificará los proyectos de ley remitidos por la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional y verificará que cumpla, con los siguientes requisitos:

1. (Sustituido por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 63, 10-XI-2009).- Que se refiera a una sola materia, sin perjuicio de los cuerpos legales a los que afecte;
2. Que contenga exposición de motivos y articulado; y,
3. Que cumpla los requisitos que la Constitución de la República y esta ley establecen sobre la iniciativa legislativa.”

En este caso, el Proyecto no tuvo motivación sobre la urgencia de su normativa y tampoco, dada la ausencia de urgencia, cumple con los requisitos que exige el art.140 de la Constitución de la República para ejercer la iniciativa legislativa.

La Asamblea al expedir la Ley tampoco realiza una motivación en cuanto a la necesidad de urgencia económica. En efecto la motivación de la Asamblea respecto de la LORIGAS se refiere a que son deberes primordiales del Estado garantizar, sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales; que la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, que establece que las finanzas públicas se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente procurando la estabilidad económica; y señala que para toda obligación financiada con recursos públicos se debe contar con la fuente de financiamiento correspondiente y que así mismo la Constitución de la República consagra la aplicación del principio de progresividad en el diseño del régimen tributario; y establece como deber fundamental de los ecuatorianos, cooperar con el Estado

⁴⁸ Criterio emitido por los profesionales que presentaron la demanda de inconstitucionalidad de la Ley.

y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la Ley. No existe por tanto un considerando de urgencia económica.

Luego de un extenso análisis legal, los autores de la demanda concluyen que “*El no cumplimiento de un presupuesto exigido por la Constitución es un vicio que produce la inconstitucionalidad formal, ya que el respeto a las formas y al procedimiento constitucionalmente exigible no está a disposición de los sujetos o instituciones a los que vincula*”⁴⁹.

2.7. ESENCIA DE LA LEY

El respeto a los derechos ciudadanos tiene su origen normativo tanto en la Constitución⁵⁰ como en los convenios internacionales que el Ecuador ha suscrito y que por lo tanto le comprometen; y el legislador en sus acciones u omisiones está vinculado a lo prescrito en estas dos fuentes del derecho, así como todos los poderes del Estado⁵¹.

La igualdad como principio consagrado en la CRE, art. 11.2 y art.66.4 ya analizados como marco de referencia de este análisis, reconocen los dos planos de la igualdad formal: por un lado la igualdad en la ley, esto es, igualdad en la *creación* de los supuestos y consecuencias de las normas; y por otro, la igualdad ante la ley, o sea, igualdad en la *aplicación* de las normas, aspectos que obviamente son resaltados en la demanda de inconstitucionalidad de la Ley.

Respecto de los tratados internacionales el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde el 23 de marzo de 1976, manda:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derechos sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos

⁴⁹ (Zabala Egas, Jorge y Zabala Luque, Jorge, *Demanda de inconstitucionalidad de la Ley*, Quito, 8).

⁵⁰ Art. 84 de la CRE. “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

⁵¹ Concepto al que se adhieren todos los constitucionalistas que se han mencionado como fuentes de criterio.

de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁵²

Tanto la Constitución como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíben toda discriminación basada en criterios de cualquier índole y consagran el principio de igualdad ante la ley y no discriminación de personas, grupos o comunidades que es aplicable en cualquier situación jurídica (art. 11 nro. 2 y 66.4 CRE).

La igualdad es un elemento básico y estructural de todo Estado que se considere como social y democrático de Derecho. En la constitución española se habla de la igualdad como “valor superior”, significa que, en la búsqueda de lo mejor, la igualdad debe ser un objetivo a tenerse siempre en cuenta⁵³.

Dado que lo que se está analizando es la creación de la Ley y no su aplicación debo referirme al plano de la igualdad en la ley, “*el que prohíbe que el legislador, menos aún el ejecutivo cuando reglamenta, puedan crear supuestos de conducta normativos en los que se prevea un trato distinto a personas que, desde un punto de vista objetivo, se encuentra en situación de igualdad*”⁵⁴.

La igualdad en la ley impone al legislador, dispensar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, esto es en referencia a la capacidad económica, o capacidad contributiva. Siendo que existen varios sectores económicos y contribuyentes en particular, con una situación socioeconómica similar o quizá superior a las instituciones financieras, no cabe discriminación alguna.

En materia tributaria la igualdad es la aplicación de la ley a un mismo hecho imponible con el mismo gravamen, por lo que a supuestos de hecho iguales deben aplicarse consecuencias jurídicas idénticas, no obstante que éstas deben ser valoradas de acuerdo con los principios de progresividad, equidad y otros.⁵⁵ La exigencia de igualdad en tanto inspiración en la imposición sucede como principal manifestación de la justicia financiera⁵⁶.

⁵² Fue adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas mediante Resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Ecuador consta en la lista de países que se adhirió al Convenio.

⁵³ Patón García, Gemma, *La interpretación del principio de igualdad tributaria según el Tribunal Constitucional Español*, Trabajo investigativo en proceso, Universidad de Castilla-La Mancha, Centro Interamericano de Estudios Fiscales, 2010, p. 2.

⁵⁴ (Zabala Egas, Jorge y Zabala Luque, Jorge, *Demanda de inconstitucionalidad de la Ley*, 8).

⁵⁵ Así se sintetiza el principio en la demanda presentada por los juristas Zabala, en su página 15.

⁵⁶ (Patón García, Gemma, *La interpretación del principio...* 2).

De lo expresado “se desprende que la igualdad en la ley impone al legislador por un lado, dispensar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, no estableciendo distinciones artificiosas o arbitrarias ante situaciones de hecho cuyas diferencias carecen de relevancia y, por otro, no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a supuestos de hecho legítimamente diferenciados”,⁵⁷.

Desde luego la igualdad toma en cuenta la capacidad económica que constituye la frontera de la tributación, dentro del marco de la generalidad, que somete a todos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Al respecto la Corte Constitucional Ecuatoriana se ha pronunciado en forma precisa al decir que: “El principio de igualdad material que acusa vulnerado el accionante, en el ámbito tributario tiene estrecha relación con la capacidad contributiva, en virtud de que todas las personas nos encontramos obligadas al pago de tributos en razón de nuestra capacidad económica, pudiendo decirse entonces que la verdadera igualdad tributaria tiene que ver con la capacidad contributiva. El respeto al principio de igualdad no puede significar que todas las personas se sujeten a igual gravamen; se deben hacer diferenciaciones requeridas a fin de que, en lo posible, el sacrificio que comporta la tributación sea similar para todos los contribuyentes.” (Sentencia No. 004-11-SIN-CC, R.O. –S- No. 572, 10-XI-2011, el subrayado no es original).

En la exposición de motivos del proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo se dirige a las instituciones financieras del Ecuador, como “un sector de profuso crecimiento económico en los dos últimos años, que ha aprovechado de distorsiones en la aplicación de políticas, que se originaron en beneficio general pero que se han convertido en fuente de enriquecimiento de uno de los sectores minoritarios, de mayor poder económico, con evidente perjuicio del bien común y de la economía del Estado” y que como es necesario incrementar el Bono de Desarrollo Humano se enfoca en su financiación “a los contribuyentes cuya capacidad económica está claramente identificada, las instituciones financieras sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, de manera que los principios tributarios de progresividad, equidad y suficiencia recaudatoria, recogidos en el artículo 300 de la Carta Magna, sean aplicados estrictamente para la consecución de los fines estatales”.

⁵⁷ Mata Sierra, María Teresa, *El principio de igualdad tributaria*, cita de la demanda, Aranzadi-Thomar Reuters, Navarra, 2009, p. 26.

Lamentable motivación la del Ejecutivo; las políticas públicas son orientadoras de la actuación de los ciudadanos, ese es su objetivo, y el incentivo para la reinversión de utilidades era una de ellas. La referencia de que la capacidad económica de las instituciones financieras privadas perjudican el “bien común” y la “economía del Estado”, es un argumento que no puede ser sustentado objetivamente, pues el mayor soporte de seguridad económica de una sociedad es tener un sistema financiero fuerte, por el contrario, su debilidad constituye un riesgo muy significativo de crisis en cualquier sociedad productiva. El Banco Mundial en su informe anual del año 1995 afirma que “en el mundo existe evidencia cada vez más contundente de que el círculo virtuoso ahorro-inversión-crecimiento económico, sólo se cumple cuando el ahorro se canaliza a sistemas financieros sólidos”.

No existen razones que justifiquen el establecimiento de una carga tributaria discriminada en forma exclusiva al sector financiero privado, frente a otros sectores de la economía que han aumentado sus rentas y su patrimonio en el mismo periodo, incluso en mayor proporción que el que corresponde al sector financiero, como lo demuestra el economista Abelardo Pachano en su intervención⁵⁸, al refutar la medida adoptada.

La Ley aprobada por la Asamblea según pedido del Ejecutivo, crea cargas tributarias únicamente a las entidades que componen el sector financiero privado; lo que se hace en este caso, es discriminar a este sector, vulnerando el principio de igualdad, y se pretende *“en puro acto de voluntarismo político cubrir la violación al principio de igualdad universal aplicando los principios tributarios de progresividad, equidad y suficiencia recaudatoria, únicamente al grupo discriminado”*.⁵⁹

La no discriminación significa la prohibición de la aplicación desigual en la ley y en los efectos de la ley, y esto incluye la consideración de la “capacidad socio-económica” invocada en los artículos de la Constitución a los que se ha hecho referencia anteriormente, 11.2 y 66.4 entre otros, y el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Existe una franca discriminación en los siguientes mandatos de la Ley:

- Cuando dispone eliminar el beneficio tributario de la reinversión de utilidades que se capitalicen, únicamente al sector financiero sujeto al control de la Superintendencia de Bancos, con respecto de otros sectores de la economía e inclusive de aquellos de

⁵⁸ Entrevista de Ecuavisa citada anteriormente

⁵⁹ (Zabala Egas, Jorge y Zabala Luque, Jorge, *Demanda de inconstitucionalidad de la Ley*, 12)

características similares, como es el caso de las mutualistas y del sector financiero de la economía popular y solidaria, en los que dicho beneficio se mantiene.

- Igual cosa sucede con la exigencia del cálculo del anticipo al Impuesto a la Renta, incluyendo los activos monetarios y el cálculo del 3% de los ingresos, en lugar del 0,4% que se impone a los demás sujetos de derecho. La medida reduce la liquidez del sistema financiero y afecta su rentabilidad y capacidad de gestión crediticia. Además si la entidad no tiene utilidades suficientes, el anticipo se convierte en impuesto definitivo, con lo cual, el impuesto se torna confiscatorio.
- El sigilo bancario establecido en el art. 88 atribuye una potestad al SRI que no tiene supuestos de *aplicación* “ni límites en razón de territorio, personas, materia, tiempo y grado, lo cual es contrario al principio constitucional de la limitación del poder público”, teniendo éste como freno más relevante el conjunto de los derechos fundamentales de las persona.⁶⁰ La potestad pública, al menos, debe tener claramente especificada, en la Ley, los supuestos y circunstancias para su ejercicio.
- Las organizaciones que no cumplan cabal y oportunamente con la entrega de la información requerida por cualquier vía por el Servicio de Rentas Internas, serán sancionadas con una multa de 100 hasta 250 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, por cada requerimiento, cambio que torna a la sanción en medida confiscatoria. Las multas impuestas en términos de salarios mínimos son a todas luces excesivas, y vulnera el principio de proporcionalidad. A los otros sujetos pasivos se impone una multa diferenciada de “1 a 6 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general”.
- En el caso de los activos en el exterior, excluye de este gravamen a todos los demás agentes de la economía. Cabe recordar que los activos en el exterior del sector financiero, sirven para ayudar a controlar el riesgo financiero y apoyar transacciones de comercio exterior. Dado el entorno de bajas tasas de interés en el mercado, difícilmente

⁶⁰ (Zabala Egas, Jorge y Zabala Luque, Jorge, *Demanda de inconstitucionalidad de la Ley*, 32).

podrán las instituciones mantener activos en el exterior, ya que se verán imposibilitadas de cubrir un costo equivalente al 3% anual o más en algunos casos.

- El art. 327 de la Constitución prevé que “La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa”. No existen más límites que el salario básico y el salario digno de los trabajadores. Sin embargo desde mi punto de vista, el control de excesos en materia salarial de los administradores y representantes legales de las Instituciones Financieras, toda vez que está de por medio la administración de dineros del público, debería estar implícita en la regulación bancaria de la SBS, y no como fruto del mandato de una Ley. Efectivamente dicho mandato se ha cumplido como una norma general, que tendría que analizarse en atención al tamaño de la organización, riesgos operativos, de crédito, de mercado, y coyunturas económicas, entre otros. La Junta Bancaria tiene otras formas de regular la actuación y costo de los administradores bancarios. Hay que aclarar además que la norma de control, establece altos requisitos de calidad moral y ética para sus administradores.

Capítulo aparte merece el trato discriminatorio del IVA. La LORIGAS dispone que el impuesto al valor agregado generado por las operaciones financieras sea asumido por las instituciones del sistema financiero prohibiéndose su traslado al consumidor final, usuario del servicio, como lo determina la ley en todos los casos restantes.

“El Impuesto al Valor Agregado (IVA), grava al valor de la transferencia de dominio o a la importación de bienes muebles de naturaleza corporal, en todas sus etapas de comercialización, así como a los derechos de autor, de propiedad industrial y derechos conexos; y al valor de los servicios prestados, en la forma y en las condiciones que prevé esta Ley”. (Art.52 LORTI)

“De igual forma el impuesto al valor agregado IVA, grava a todos los servicios, entendiéndose como tales a los prestados por el Estado, entes públicos, sociedades, o personas naturales sin relación laboral, a favor de un tercero, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, a cambio de una tasa, un precio pagadero en dinero, especie, otros servicios o cualquier otra contraprestación”. (Art. 56 LORTI)

La LORTI prevé que el impuesto lo paga el consumidor final, esto es, el que compra el bien o contrata un servicio. Dada las características de la transacción está prevista la mecánica operativa del cobro y pago del impuesto a través de los agentes de percepción y los agentes de retención, según el caso. En las circunstancias que nos ocupan, de los servicios financieros, el banco o entidad financiera debería actuar como agente de percepción según dice el art. 63 de la LORTI. Respecto de la facturación del impuesto:

“los sujetos pasivos del IVA tienen la obligación de emitir y entregar al adquirente del bien o al beneficiario del servicio facturas, boletas o notas de venta, según el caso, por las operaciones que efectúe, en conformidad con el reglamento. Esta obligación regirá aun cuando la venta o prestación de servicios no se encuentren gravados o tengan tarifa cero. En las facturas, notas o boletas de venta deberá hacerse constar por separado el valor de las mercaderías transferidas o el precio de los servicios prestados y la tarifa del impuesto; y el IVA cobrado”, art. 64.

Con el proyecto del Ejecutivo, acogido por el Legislador en el sentido de que: “A las instituciones financieras domiciliadas en el Ecuador, en el ámbito de esta reforma, en las transacciones y servicios efectuados en el país, les queda terminantemente **prohibido trasladar las cargas tributarias** determinadas en esta Ley, a los clientes y usuarios de las mismas”, se afectó la esencia misma del impuesto al valor agregado y se distorsionó la mecánica operativa del cálculo.

La disposición de que “La Superintendencia de Bancos y Seguros y el Servicio de Rentas Internas, dentro de sus competencias, monitorearán, vigilarán, controlarán y sancionarán de manera ejemplar el incumplimiento de esta disposición”, *contraría* la mesura y prudencia que supone administrar la sociedad para la convivencia democrática, en la cual el respeto constituye principio esencial de toda decisión de gobierno, norma o regulación. Peca de excesivamente discrecional, al dejar a la libre interpretación y determinación de las dos instituciones, la “manera ejemplar” de castigar al ciudadano por incumplimiento. No solo que aparenta una amenaza, sino que en sí misma lo es. ¿Cuál es la medida o criterios para definir lo que es una manera ejemplar? ¿Bajo qué parámetros se va juzgar? Situada en el extremo, la mejor manera podría degenerar en acciones de violencia.

En este punto cabe hacer una digresión para referirnos al Impuesto al Valor Agregado. Desde su creación en Francia en 1954, el IVA ha tenido tal acogida que supera los límites nacionales para convertirse en una realidad universal. Su importancia no solo se manifiesta en el ámbito tributario, sino también por la especial actitud para fomentar la inversión, lo que ha contribuido a la expansión de este tributo en más de treinta países de características socioeconómicas muy diversas.⁶¹ Para Georges Egret el IVA es la mayor innovación del siglo XX. Juan Zurdo lo califica como la expresión moderna de lo que es un tributo. Clara K. Sullivan lo reconoce como el primer impuesto europeo y finalmente, Joaquín Soto Guinda, un sobresaliente estudioso del IVA, se refiere así: “el impuesto sobre el valor añadido ha conocido en la última década un desarrollo teórico y doctrinal y un grado de aceptación práctica tan notables, que muy bien puede ser calificado como el tributo de la segunda mitad del siglo”.

El profesor argentino Manuel de Juano define el tributo como “un impuesto que, recayendo sobre el consumidor final, que es quien en definitiva lo paga a través de sus consumos, ha de ser ingresado al fisco por cada una de las etapas del proceso económico de producción, distribución y comercialización, *en proporción al valor que cada una de ellas incorpora al producto*”

En el Ecuador se usa el método del crédito del impuesto para la liquidación del IVA, según el cual, es igual a la diferencia entre el impuesto que grava las ventas y el impuesto pagado por las compras. Este método es apreciado tanto por las facilidades de manejo que permite a los responsables, como por las numerosas e importantes ventajas que ofrece a la Administración, pues facilita verificar con exactitud el impuesto causado en cada fase o etapa y además el control cruzado entre compradores y vendedores.⁶² Estas referencias sobre criterios y tratamiento del IVA de expertos internacionales ponen de manifiesto las distorsiones introducidas por el legislador en la LORIGAS respecto del impuesto, y la vulneración de los principios generales aceptados en el ámbito internacional y reconocidos en el Ecuador, para todas las transacciones, excepto las del sector financiero que nos ocupa.

⁶¹ Banacloche Pérez, Julio, *Impuesto sobre el valor añadido*, cita de Mauricio Plazas Vega, Editorial Temis S. A. Santa Fé de Bogotá, Colombia 1998, p. 46

⁶² Plazas Vega, Mauricio, *Impuesto sobre el Valor Agregado IVA*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998, p. 52.

En consecuencia existe un quebrantamiento del principio de igualdad en el caso del IVA, provocado por el exceso en el ejercicio del poder legislativo, respecto de la norma, que le atribuye la potestad de crear leyes pero ateniéndose a los principios constitucionales.

Para finalizar este capítulo, cabe traer a colación una de las diez recomendaciones realizadas por el Primer Ministro Chino Wen Jiabao a los países emergentes, cuando dice: “China y otros países desarrollados como EE.UU. han demostrado que el crecimiento del país no requiere perseguir a sus industrias y empresas en general; por el contrario, el Estado tiene que ser aliado y no un enemigo de los negocios, después de todo es del trabajo de estas empresas que el país obtiene su sustento para crecer y garantizarle la calidad de vida a sus ciudadanos”. Y concluye “la carga fiscal en nuestros países es exagerada, confiscatoria, injusta y desordenada y si no hay un cambio drástico, las empresas no podrán competir en los mercados internacionales, y el mercado interno también se estancará”.

2.8. CONCLUSIONES

Si la finalidad de la Ley era recaudar recursos para el financiamiento del Bono de Desarrollo Humano, debió habérselo hecho con sujeción a los principios constitucionales de generalidad, igualdad y de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos del impuesto creado. La finalidad de la ley no permite elegir cualquier medio para alcanzar el resultado. La Constitución manda que el tributo creado deba ser asumido por todos los sujetos que tengan igual capacidad contributiva. Si por el contrario el legislador produce una ley creando tributos, al sector financiero privado exclusivamente, le impone una carga tributaria en forma discriminatoria. La no sujeción a los principios constitucionales viciaría a la norma de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO III.- EFECTOS DE LA LEY EN LA ECONOMÍA

La “Ley Orgánica de Redistribución de los Ingresos para el Gasto Social”, al menos en su enunciado⁶³, tiene por objeto la obtención de recursos para el financiamiento del Bono de Desarrollo Humano. De acuerdo al Ejecutivo se preveía obtener \$ 300 millones de las utilidades de la Banca para este objetivo. Por lo mismo es necesario también un análisis del papel del Estado, las demandas del gasto social y sus requerimientos de recursos.

3.1. ÁMBITO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

Las Finanzas Públicas constituyen una rama de la economía, que posibilita la aplicación de las políticas públicas del Estado, en orden a la satisfacción de las necesidades de la sociedad. La política tributaria, le permite establecer los tributos necesarios para cumplir sus fines.

No cabe duda de que la estabilidad económica de un país depende de la correlación que exista entre los recursos y las políticas que instrumentan el gasto público, de esta relación se deriva por tanto la existencia de déficit o superávit.

La mayor parte de los países no colectivistas cubren sus erogaciones con los tributos. Desde el punto de vista de las finanzas públicas los tributos son prestaciones obligatorias, generalmente en dinero, exigidos por el Estado en virtud de su imperio para atender sus necesidades y realizar sus fines, políticos, económicos y sociales, concepto con el que concuerdan la mayor parte de tratadistas. No obstante cabe recordar al respecto, que la imposición “no equivale al imperio de la arbitrariedad, ni podría el Estado en un régimen jurídico de convivencia civilizada que sustentare el respeto y los derechos de las garantías individuales, forzar o apartarse de tales postulados básicos. La tributación queda por ende sujeta a reglas de derecho según lo establecido por la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia”⁶⁴

El papel del Estado ha ido cambiando en el tiempo de acuerdo fundamentalmente a la globalización, a las demandas de la colectividad, a los avances de la tecnología o en su

⁶³ La Constitución prohíbe toda pre asignación Art.298.

⁶⁴ Belisario Villegas, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Edic. 9, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009, p. 77.

caso, también al atraso científico y tecnológico de nuestros países en vías de desarrollo, a los requerimientos de salud individual y colectiva, y en general a la demanda de los servicios públicos esenciales.

Respecto del gasto en la burocracia, que en muchos casos resulta ofensivo para la sociedad “merece diferenciar entre lo que constituye la imprescindible dotación de funcionarios estatales y lo que corrientemente se conoce como burocracia. El Estado debe contar con un cuerpo de funcionarios altamente responsables y conscientes de su función que son indispensables para mantener un buen nivel en la prestación de los servicios estatales...Nada tiene que ver con la burocracia que es uno de los peores males del Estado moderno”.

“La burocracia no es la simple suma de funcionarios sino algo intangible, pero omnipresente que actúa a través de una maraña de regulaciones y procedimientos superabundantes y cuya única justificación es incrementar el número de empleados estatales. Esta burocracia cada vez más frondosa ahoga el cuerpo social y es un importante factor de crecimiento perjudicial del gasto público, por lo cual debe intentarse al menos revertir la tendencia a su incremento”⁶⁵

Me ha parecido importante la anterior cita, porque este tipo de gasto nada tiene que ver con las demandas de la comunidad donde predomina el interés general, dándole legitimidad al gasto público.

El gasto público no solo debe ser estudiado como la causa de los requerimientos de los ingresos para satisfacer las necesidades públicas. La evolución del concepto demuestra los objetivos que debe cumplir el gobierno en el ámbito económico. Como analiza R. A. Musgrave estos objetivos pueden ser identificados por medio de tres funciones: una función asignativa, una función redistributiva y una función estabilizadora, su influencia por tanto puede ser decisiva sobre aspectos tan esenciales como la plena ocupación, el consumo, el ahorro y la inversión.

⁶⁵ Belisario Villegas, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Edic. 9, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009, p. 57.

3.2. REDISTRIBUCIÓN DE LOS INGRESOS

Para analizar el tema, hago referencia a criterios vertidos por un grupo de economistas europeos y luego a la vertiente de economistas estadounidenses. El análisis de estos últimos enfocan más los problemas de planificar impuestos óptimos para que los resultados sean efectivos. Las diferentes visiones ayudan a comprender la complejidad del tema y a concluir que no existen soluciones mágicas.

La redistribución de los ingresos es una función de la Hacienda Pública que consiste en realizar ajustes a la distribución de la renta. Según los autores del documento “Una Introducción a la Economía Pública”, Fernando Álvarez, Juan F. Corona y Amelia Díaz, la libre competencia de las fuerzas de mercado, si bien puede asignar eficientemente los recursos económicos, con las conocidas limitaciones de los fallos del mercado, *“da origen a una distribución de la renta de acuerdo a la productividad de los recursos aportados al proceso productivo.”*

Sin embargo esta distribución no siempre es la deseada socialmente o considerada justa por la sociedad, ya que supone profundas desigualdades, ocasionadas al menos en parte, por las diferentes dotaciones personales de cada uno de los recursos económicos. Las rentas del trabajo se ven fuertemente condicionadas por las oportunidades educativas del trabajador, y las rentas de capital no solo dependen del ahorro propio, sino de una acumulación anterior, vía herencias.

Independientemente de la asignación que puede hacer el mercado, en no pocas ocasiones existe *“una decisión social de no aceptar determinadas situaciones de privación, lo que en conjunto determina la necesidad de efectuar importantes correcciones a la distribución de la renta.”*⁶⁶ Esto constituye una opción política.

La aplicación de impuestos altamente progresivos a la renta, por una parte, y por otra, *“la concesión de ayudas, auxilios y otras transferencias a favor de los económicamente débiles y cualquier otra medida que contribuya a la atenuación de las desigualdades de las rentas y de los patrimonios personales se fundamenta hoy, por lo que de bien público tiene la redistribución económica”*⁶⁷. Sin duda el mayor impacto redistributivo se alcanza con el

⁶⁶ Álvarez, Fernando; Corona, Juan y Díaz, Amelia, *Economía Pública*, Barcelona-España, Editorial Ariel S.A., 2007, p. 41.

⁶⁷ (Álvarez, Fernando; Corona, Juan y Díaz, Amelia, *Economía Pública*, 41).

gasto de transferencias, siempre que estén dirigidas a favorecer a los individuos peor situados en la escala de rentas.

Hay transferencias en especie como el caso de la educación gratuita, sanidad, o en subvenciones a empresas que proporcionan servicios colectivos, como el transporte para que puedan ofrecer el servicio a un costo más bajo a ciertos segmentos de la sociedad, tercera edad, niños, estudiantes, etc., así los bienes preferentes se constituyen en objetivo de actuación de la política distributiva.

También pueden darse transferencias monetarias entregando una cantidad de dinero en efectivo a aquellas personas que se encuentren en situaciones de pobreza extrema o cuyo nivel de renta se desee mejorar.

En general la política tributaria suele ser distributiva en cualquier país, pero fundamentalmente actuando sobre las rentas personales en su conjunto. El impuesto personal es progresivo por naturaleza, cuando más alta la renta, mayor es la contribución al admitir un gravamen más que proporcional. También las leyes reguladoras de la propiedad privada y los impuestos patrimoniales, contribuyen a disminuir las desigualdades. En todo caso los impuestos a la renta personal y las leyes reguladoras de la propiedad se aplican de acuerdo a las circunstancias económicas de cada país.

No puede pasar desapercibido sin embargo que no siempre se producen los efectos deseados, porque no son eficaces los controles de precios, por el contrario pueden producir efectos adversos.. Por ejemplo según muchos economistas, *“el salario mínimo ha provocado más paro juvenil; las alzas indiscriminadas de salarios han reducido el empleo, han desalentado la formación profesional y han favorecido tecnologías que utilizan menos mano de obra. Los impuestos progresivos sobre la renta han desembocado en la economía sumergida o han desalentado el trabajo y el espíritu de empresa”*⁶⁸

Excesivos impuestos a las rentas altas pueden también responder a esta política sustituyendo la opción del trabajo con el ocio, o intensificando prácticas de economía sumergida, todo lo cual trae efectos negativos a la economía. Esto no quiere decir sin embargo que el Estado no debe aplicar políticas distributivas, simplemente es necesario llamar la atención sobre la necesidad de analizar las circunstancias, ya que no siempre las buenas intenciones se traducen en resultados exitosos.

⁶⁸ (Álvarez, Fernando; Corona, Juan y Díaz, Amelia, *Economía Pública*, 46).

En general si bien la teoría dice que se debe gravar con impuestos a quienes más tienen y a quienes más habilidades-capacidades tienen, según los economistas americanos, hay que tener cuidado en no decepcionar a este tipo de contribuyentes porque pueden haber efectos perversos en la economía. Una contribución importante, es que Mankiw⁶⁹ basado en teoría de Mirrlees⁷⁰, dice que no se puede, ni se debe, gravar el capital.

Joseph Stiglitz, Premio Nóbel de economía, afirma que, las finanzas públicas es uno de los campos de la economía que más ha avanzado en los últimos tiempos, parte de esta base para comprender la teoría y práctica tributaria.

En el documento *New perspectives on public finances: recent achievements and future challenges*, Stiglitz equilibra la teoría, con la práctica tributaria sobre todo en recaudación de impuestos, y política de gasto. La discusión del documento se enfoca en la “tributación óptima”, para ello, reconoce una serie de restricciones que el analista de política pública tributaria debe enfrentar⁷¹.

El documento empieza con una de las contribuciones más importantes de la actualidad, la tributación Pareto-Eficiente. Se ha discutido las distorsiones económicas que causan los impuestos, y las “pérdidas irre recuperables” para el consumidor, y para el sector productivo” que no se minimizan al tratar de mitigar tales distorsiones, de ahí que se considere eficiente al impuesto siempre y cuando se cumpla el principio de que el bienestar de un individuo no se sitúe en un nivel más alto, en base a que el bienestar de otro empeore.

Este mismo criterio se ha aplicado para el análisis económico del uso eficiente de los recursos. Existe también una significativa brecha entre teoría y práctica al analizar la política del gasto. El análisis de los fallos de mercado y de los fallos de la gestión pública provee la “pieza” que le falta a la teoría sobre el rol del gobierno. La competencia imperfecta trae consigo fallos del gobierno, es decir, se debe reconocer perturbaciones tanto públicas, como privadas, que llevan a círculos viciosos a la economía.

Para tratar de corregir tales fallos, se han otorgado cada vez mayores poderes a los gobiernos. Frecuentemente se abusa de estos poderes, se coloca en desventaja a los otros actores económicos y puede exacerbarse tales fallos.

⁶⁹ Nicholas Gregory Mankiw. Profesor de economía política de la universidad de Harvard. Economista Summa Cum Laude graduado en Princeton.

⁷⁰ James Alexander Mirrlees. Economista escocés, profesor de Cambridge, Premio Nobel de Economía 1996

⁷¹ (Stiglitz, Joseph, *New perspectives on public finance...* p. 341-360)

Recomienda el análisis de las dimensiones de tales fallos para alcanzar un mejor conocimiento, dadas las relaciones y repercusiones entre el sector privado y público. En consideración de los poderes sobredimensionados que algunos gobiernos tienen en el último tiempo, reconoce la necesidad de hacer análisis costo – beneficio de su gestión, sobre todo en el ámbito empresarial, aún para proteger los sectores estratégicos. La falta de mecanismos de mercado en la gestión pública ocasiona falta de transparencia y los problemas de “Agencia” pueden darse tanto en el sector público como en el privado.

Retomando la recaudación como fuente de ingresos, una teoría en la que se han centrado los expertos tributarios, se refiere de hecho a los problemas de agencia, que afectan los comportamientos de la economía y por lo tanto a la recaudación y redistribución de riqueza. El principal, la corrupción. La facilidad de observación para determinar las variables con las que se establecen las bases imponibles más altas y la falta de incentivos, podrían ser causas para el incremento de evasión de impuestos.

Para reformar la tributación en el futuro es necesario concentrar la atención en la incidencia de los impuestos y en la dificultad para trasladar el entendimiento del análisis económico, hacia la legislación. Aunque no se hayan llegado a determinar tributos óptimos, se pueden describir reformas que han ayudado a mejorar niveles de bienestar social. Stiglitz afirma que es necesario determinar cuáles son las restricciones más importantes para poder establecer óptimos tributarios.

El documento “Optimal Taxation in Theory and Practice” escrito por N. Gregory Mankiw, Matthew Weinzierl, and Danny Yagan recopila la esencia de la teoría tributaria, presenta algunas experiencias y concluye con los retos que se aproximan. Este documento explora la interrelación entre la teoría y la política tributaria, e identifica lecciones claves para los encargados de formular tales políticas y cómo esas lecciones se reflejan en la actualidad en la política tributaria.

Se analizan documentos de Ramsey (1927) y Mirrlees (1971).⁷² Según el economista Mirrlees la dificultad de establecer tarifas óptimas radica en la diferencia entre contribuyentes, que se basa en la habilidad de cada uno para ganar ingresos. El planificador

⁷² Mirrlees, James, 1971, cita en *Optimal Taxation in Theory and Practice*, Harvard University, Cambridge-Massachusetts, Harvard University, 2009, p. 6. An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation de J.A. Mirrlees

puede observar el ingreso, que dependerá de la habilidad y el esfuerzo del trabajador o empresario, sin embargo el planificador no puede observar tales variables.

Si es que el planificador grava la renta de quienes tienen altas habilidades, esos individuos se decepcionarían de seguir esforzándose para ganar altos ingresos, por lo que la política no es efectiva. A través de dicha teoría, Mirrlees trata de exponer el trade off entre equidad y eficiencia y el problema del impuesto óptimo se transforma en un juego de información perfecta entre contribuyentes y el Estado. El planificador quisiera gravar a quienes tienen grandes habilidades y subsidiar a quienes tienen bajas, sin embargo debe cerciorarse de que los que tienen altas habilidades no se hagan pasar por tener bajas.

El planificador no debe normar los impuestos basado en asunciones, sino considerar todas las variables y esquemas, como las fuentes de ingreso e incluso las características personales no económicas. Un impuesto debe ser óptimo tanto para los que más tienen, como para los pobres.

Este juego va a depender del “principio de la revelación”, cualquier asignación óptima de recursos se puede lograr a través de una política en la que los individuos voluntariamente revelen sus habilidades (altas o bajas) en respuesta a incentivos. En otras palabras, el planificador debe asegurarse que el sistema de tributación provea suficientes incentivos para que los contribuyentes con altas habilidades puedan seguir produciendo en los altos niveles, que corresponden a sus habilidades. Aunque el gobierno siempre tendrá la tentación de gravar con altos impuestos a este grupo.

Mankiw⁷³ resume en ocho lecciones los estudios sobre tributación óptima; en todas ellas subyace el dilema, ¿se debe o no castigar el éxito? La primera es el centro de la teoría de Mirrlees. La tasa marginal óptima de tributación depende de la distribución de habilidad. Un aumento en la tasa marginal dado un nivel de ingreso, subirá hasta que el costo de la eficiencia decepcione a los individuos que ganen un ingreso gracias a la realización de grandes esfuerzos.

La segunda lección afirma que la recaudación de impuestos con tasas marginales crecientes puede disminuir si se gravan a las personas cuyos ingresos son altos. Los salarios son vistos como variables observables y consecuencia de la habilidad, pero existen

⁷³ Mankiw, Gregory; Weinzierl, Matthew y Yagan, Danny, *Optimal Taxation in Theory and Practice*, Junio 2009, Cambridge-Massachusetts, Harvard University, 2009, p.7 ss.

variables no observables. Kaplow evalúa las implicaciones de la heterogeneidad de las personas antes que las preferencias de consumo y ocio. El análisis de la elasticidad es importante para el análisis de las tasas marginales de impuestos.

Otra lección importante, la tercera, es que un impuesto que se acerca a lo óptimo, es el impuesto Lump sum (impuestos de suma fija)

La cuarta lección, nos dice que la desigualdad económica ha aumentado en los últimos años, especialmente en Estados Unidos, debido a factores de oportunidad (tecnología, universidades, libertad). Desde la perspectiva de tributación óptima, esto se explica por la distribución de la habilidad. Mirrlees afirma que mientras mayor desigualdad en las habilidades, mayor “redistributiva” debe ser la política impositiva. Las tasas de impuestos deben generalmente ser mayores en las sociedades más dispares, sin embargo se debe analizar, los incentivos a quienes tienen mayor habilidad y menor, pues los últimos podrían disfrutar más del ocio por los subsidios que podrían recibir a los bienes consumidos.

Adicionalmente, la quinta lección indica los impuestos deberían depender también de características personales. El ingreso no debería ser el único indicador para gravar un impuesto, las técnicas de screening, como su edad, su nivel de estudios serían variables más confiables para indicar su potencial ingreso. Más tarde, Akerlof demostró la importancia de las variables en el análisis.

La sexta lección sugiere que solo los bienes finales sean gravados uniformemente, por razones conocidas como evitar la doble tributación.

La séptima lección afirma que las rentas del capital no pueden ser gravadas. La teoría sugiere que se debe evitar establecer impuestos pues en primer lugar, el capital es un bien intermedio para el proceso de futura producción (Diamond y Mirrlees). Segundo, un impuesto al capital es un impuesto al consumo futuro no al consumo presente, por lo tanto viola la prescripción de tributación uniforme. Por lógica, cuando se grave un impuesto a tales consumos, este será más alto, sin embargo se está cobrando en el presente, por lo tanto habría doble tributación. Si todos los individuos tuvieran planes a corto plazo, los impuestos al capital podrían redistribuir sin grandes distorsiones.

Para resumir, la lógica de no establecer impuestos al capital se enfoca en evitar las distorsiones en el consumo intertemporal y el desánimo de ahorrar y luego de invertir.

Desde la mitad de década de los 80's los impuestos al capital han disminuido en los Estados Unidos de 50 a 39%, en el Reino Unido de 40 a 30% en Alemania de 60 a 55% y en Francia de 50 a 42%, Irlanda tiene la tasa más baja de 12.5%. Estas estadísticas reflejan la percepción sobre los efectos de distorsión que el impuesto a los capitales tiene en la economía y aunque todavía hay un largo camino por recorrer, es una recomendación de la teoría de tributación óptima que sigue vigente.

La última recomendación afirma que son necesarios niveles de sofisticación, la mayor contribución viene de que la tributación óptima en economías dinámicas dependen del historial de ingresos de los individuos y se necesita interacción entre la tributación, la información de ingresos y el empleo, pues estos pueden cambiar en el tiempo, mejorar o disminuir, según el ciclo individual y económico. También se debe considerar que los individuos tienen expectativas racionales y por lo tanto reaccionan no solo al período de la carga tributaria, sino en períodos posteriores.

Como conclusión sería importante advertir que la complejidad de los modelos económicos para planificar la recaudación de impuestos necesaria para la redistribución en la sociedad, radican no en el análisis matemático basado en diferentes variables, sino en la psicología misma de los individuos, materia sobre la cual existe ya un Premio Nobel. Así mismo, que la tentación de gravar a los más exitosos puede no ser efectiva, tanto desde la visión particular del contribuyente, como de las repercusiones en la economía en el largo plazo.

3.3. OBJETIVO SOCIAL: FINANCIAMIENTO DEL GASTO SOCIAL

El gasto público adquiere su sentido en el Ecuador en conexión con las disposiciones del Régimen del Buen Vivir consagrado en la Constitución en el Libro Primero, relativo a la Inclusión y Equidad, que trata de los derechos económicos y sociales consagrados en la misma, garantizando niveles mínimos de bienes y servicios públicos y unas determinadas preferencias y prioridades. Pero esta visión de cobertura social, no nace con la constitución del 2008, ni ha sido patrimonio solo del Ecuador. Fue desde mucho tiempo una posición frente a la necesidad de corregir desequilibrios de pobreza extrema,

manifestados en los requerimientos de educación y salud principalmente en nuestro país y en América Latina.

Una de las mejores formas de redistribución para solucionar problemas de inequidad social son las transferencias monetarias directas. A continuación algunas experiencias de la Región, y del Ecuador, en relación al Bono de Desarrollo Humano.

De acuerdo a investigaciones realizadas por CARE⁷⁴, en las dos últimas décadas, los países de América Latina y el Caribe ejecutaron una serie de programas sociales basados en transferencias monetarias condicionadas. Estos programas en todos los casos, focalizaron el apoyo económico hacia mujeres jefes de hogar, personas de la tercera edad, o responsables de cuidado de ciudadanos con discapacidades.

Los programas de transferencia monetaria condicionada (PTMC), como se los conoce, constituyen un componente importante de las políticas sociales en América Latina, tanto para mejorar la formación de capital humano, como para paliar los efectos de la pobreza. Por lo general, estos programas tienen tres líneas de acción: educación, nutrición y salud

Los programas más destacados y exitosos ya que cuentan con una evaluación de impacto son: Programa de Educación, Salud y Alimentación (PROGRESA) en México; Programa Nacional de Bolsa Escola y Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) en Brasil, en la actualidad integrados en el Programa Bolsa Familia; Programa de Asignación Familia (PRAF) en Honduras; y, Red de Protección Social (RPS) en Nicaragua.

En el Ecuador en 1998, el Dr. Jamil Mahuad estableció el Bono Solidario, de \$ 15 mensuales como una red de seguridad social para compensar a las familias de escasos recursos por la eliminación del subsidio a la electricidad y al gas, medida necesaria ya que este subsidio, afectaba profundamente las Finanzas Públicas. La política de ajuste exigía compensaciones a grupos vulnerables y en el presente caso estuvo dirigido a madres con ingresos menores de US\$40, discapacitados y personas de la tercera edad. Muy pronto el programa tomó su propio impulso y se convirtió en el gasto gubernamental social más alto después de la educación.⁷⁵

⁷⁴ Ponce, Juan; Enríquez Bermeo, Francisco; Molyneux, Maxine y Thomson, Marilyn, *Hacia una reforma del bono de desarrollo humano: algunas reflexiones*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2011-2012, pág. 9

⁷⁵ (Ponce, Ponce. *El Bono de Desarrollo Humano*, pág. 21)

Según analistas de CARE la transferencia era modesta, pero importante para los estándares ecuatorianos y alcanzó el 1% del PIB en el 2001. Para el año 2000, el programa tenía cerca de 1,2 millones de beneficiarios⁷⁶, es decir, el 45% de hogares ecuatorianos. Al final de la década de los noventa, el Gobierno de Lucio Gutiérrez implementó otro programa llamado Beca Escolar, consistente en una transferencia de \$ 5 por niño (hasta dos niños por hogar). En 2003, ambos programas fueron reformulados e incorporados a uno nuevo llamado Bono de Desarrollo Humano (BDH). En esos años, la prioridad en política pública educativa era alcanzar la universalidad de la matrícula escolar al menos de la educación básica y en salud la atención a los menores de 5 años.⁷⁷

Para completar estos programas sociales, en el año 2001, se puso en operación otro programa denominado Crédito Productivo Solidario, mediante el cual los beneficiarios aportaban con su capacidad de emprendimiento para mejorar sus ingresos.

Según los expertos analistas, a diferencia de otros programas en América Latina, hasta 2006 no se disponía de un mecanismo de evaluación del programa, por lo que puede considerarse como uno de transferencias monetarias no condicionadas por falta de seguimiento y control de los requisitos impuestos. Una evaluación posterior de los analistas de CARE permitió concluir que aún así, el impacto en los hogares fue muy positivo.

A partir del 2007, el gobierno del presidente Rafael Correa incrementó el monto del BDH a US\$ 30, y luego a US\$ 35 dólares. El objetivo principal de este programa fue mejorar la eficacia en la focalización de los programas anteriores, así como la formación de capital humano entre las familias de escasos recursos en Ecuador.⁷⁸ El presupuesto anual del programa alcanzó US\$ 190 millones en 2004 (cerca del 1% del PIB). En tanto que para el 2011, el presupuesto anual fue de alrededor de US\$ 760 millones de dólares, que mantiene la relación con el PIB.

Bajo el mandato constitucional de inclusión y equidad social establecidos en los Artículos 340 y 341, se llevó a cabo un proceso de consolidación de los programas de protección social sobre todo en los casos de incapacidad, asistencia familiar y salud de los grupos vulnerables, así como en los de apoyo de emergencia en los casos de catástrofes

⁷⁶ Inicialmente se registraron en el programa 1.800.000 beneficiarios autocalificados de pobres.

⁷⁷ Enríquez Bermeo, Francisco, *De las Transferencias Monetarias al Sistema de Inclusión Social y Equidad*, Hacia una reforma del bono de desarrollo humano, p. 36

⁷⁸ Ponce, Juan; Enríquez Bermeo, Francisco; Molyneux, Maxine y Thomson, Marilyn, *Hacia una reforma del bono de desarrollo humano: algunas reflexiones*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2011-2012, p.39

naturales. Sin embargo de acuerdo a los analistas sociólogos, que siguen de cerca esta política, no existe todavía un verdadero sistema de inclusión y protección social, lo que existe son diferentes programas atomizados, que no permiten una evaluación del impacto real de los mismos. Continúa siendo un desafío del gobierno la reducción de la pobreza y la eliminación de la pobreza extrema; esto entre otros aspectos, debido a la frágil y deficiente institucionalidad para la administración de los programas, carencia de seguimiento y capacitación a los hogares, falta de evaluación de los condicionantes del bono.⁷⁹

El programa “Crédito de Desarrollo Humano” no es propiamente un crédito sino un anticipo de las transferencias del BDH por uno o dos años, que según Francisco Enríquez Bermeo “demuestran que las políticas públicas de generación de oportunidades a los sectores más pobres, están aún marcadas por la desconfianza”. Finalmente en relación a la situación de las zonas urbanas y rurales existe una gran deficiencia en estas últimas, observándose todavía la pobreza extrema en estas áreas.

Demás está decir que para el buen funcionamiento de esta red de protección social es esencial contar con sistemas de información que contengan buenas bases de datos que aporte objetividad a las decisiones de las autoridades y confianza a los administrados.

Las reformas legales para el financiamiento del BDH entraron en el 2013. Según datos de prensa⁸⁰, Rafael Correa, comunicó que en el 2014, este subsidio tendrá una rebaja en su presupuesto, de \$ 1.020 millones a \$ 700 millones, debido a depuración de la lista de personas beneficiarias y a la mejora en las condiciones económicas.

Cerca de 1.000 trabajadores sociales fueron contratados para depurar la lista de beneficiarios del Bono de Desarrollo Humano, muchos de los cuales superaron el índice de pobreza, por lo tanto estas personas ya no deben recibir dicha ayuda. Según los datos del Registro Interconectado de Programas Sociales (RIPS), hasta el mes de marzo del año 2013, se registraron 1'901.088 beneficiarios del Bono de Desarrollo Humano y para el mes de octubre de este año están registrados 1'722.350. Esto quiere decir que son, 178.738 beneficiarios menos. El sector de las madres se reduce de 1'192.071 a 1'032.535.

La Ministra Doris Solís, al referirse a los programa del Bono de Desarrollo Humano, recordó que éste dejó de ser una simple transferencia monetaria para convertirse

⁷⁹ Opinión de Francisco Enríquez Bermeo que la comparto. p. 45 y siguientes

⁸⁰ Diario El Comercio, Quito, 29 de octubre de 2013.

en un punto de acceso a otros programas que tiene el Estado para los sectores de menos ingresos. También comentó que “los bonos son solo instrumentos transitorios, por lo que es necesario avanzar en la aplicación de políticas de inclusión”.⁸¹

El BDH ha sido un programa de transferencias monetarias muy importante para paliar los efectos de la pobreza extrema y dar atención a aspectos básicos de educación y salud. No cabe duda que ha sido un mecanismo efectivo de redistribución y aplicación eficaz de la política social. Jamás se podría cuestionar tan loables finalidades. Sin embargo, cabe resaltar el hecho de que hasta el año 2012, no se había gravado a ningún sector especial de contribuyentes para su financiamiento, la Ley tributaria afectaba por igual a todos los ciudadanos en capacidad de tributar, y los objetivos sociales se cumplieron exitosamente. La creación del BDH, sin duda fue un acierto continuado en diferentes gobiernos.

3.4. INCIDENCIA DEL IMPUESTO

La Ley Orgánica de Redistribución de los Ingresos para el Gasto Social reformó diferentes Leyes, con el fin de gravar algunas facetas de la actividad bancaria, en otras palabras se pretendía que la carga tributaria recaiga exclusivamente sobre el sistema bancario.

En economía se entiende por incidencia de un impuesto el efecto sobre los que realmente pagan dicho impuesto. Los economistas distinguen entre los que soportan la carga de un impuesto, que en muchas ocasiones suelen ser distintos de aquellos sobre los que se establece o se recauda un impuesto. Según Joseph E. Stiglitz la carga fiscal o peso económico de un impuesto, es la diferencia entre la renta real de una persona antes y después de que se establezca el impuesto, teniendo en cuenta la totalidad de los ajustes en salarios y precios.

Uno de los principios de un sistema tributario es que sea justo, pero la justicia no depende, de sobre quien se establezca el impuesto, sino de quien lo paga en realidad. En la medida que un impuesto, o sus efectos, puedan ser trasladados a otros agentes económicos,

⁸¹ <http://www.inclusion.gob.ec/category/noticias-destacadas/> , *Mirada de la Inclusión Social desde los GAD Municipales*, que se desarrolló en Quito, 30 y 31 de octubre de 2012.

el impuesto no logra su objetivo. Por esta razón los economistas dicen que es la economía y no el Parlamento, la que a menudo determina quién soporta en realidad la carga de un impuesto. En este fenómeno intervienen las circunstancias del mercado, y la elasticidad de las curvas de oferta y demanda de los relacionados con el impuesto en cuestión.

Concretándonos en el caso que nos ocupa de la Banca, cabe analizar el impacto de la Ley en sus operaciones y fundamentalmente en su rentabilidad, tomando los indicadores ROA, rentabilidad sobre activos y ROE, rentabilidad sobre el patrimonio, antes y después de la vigencia de la Ley.

Desde el inicio de este gobierno la Banca ha sido objeto de una gran intervención a través de leyes y normativa secundaria específica, de ahí que al emitirse la LORIGAS, ya tenía a su haber una regulación que incidía no solo en sus resultados operativos, sino en sus accionistas, directivos y clientes.

El marco regulatorio sobre la banca privada en el 2013 con la entrada en vigencia de la LORIGAS, tubo su efecto en un débil crecimiento en ese año, en contraste con la fuerte expansión de años anteriores, a diciembre los depósitos crecieron en 10.7% en relación al 2012, tasa inferior en ocho puntos porcentuales a la del crecimiento en el 2012.

EVOLUCIÓN DE DEPÓSITOS EN LA BANCA PRIVADA
en millones de dólares

	Dep. Vista	Dep. Plazo	Reporto	Garantía	Total
dic-06	6.123	3.000	23	1	9.147
dic-07	7.141	3.469	38	1	10.649
dic-08	8.886	4.283	1	1	13.171
dic-09	9.539	4.493	3	1	14.036
dic-10	11.810	4.739	2	2	16.553
dic-11	13.030	5.974	25	4	19.033
dic-12	15.836	6.624	1	3	22.464
dic-13	17.434	7.452	20	3	24.909

Fuente: Superintendencia de Bancos

Elaboración: Propia

EVOLUCIÓN DE OPERACIONES NETAS EN LA BANCA PRIVADA

en millones de dólares

	Cartera por Vencer	Cartera Vencida y Non Accrual	Aceptaciones	Contingentes Netos	Total
dic-06	6.565	224	50	1.139	7.978
dic-07	7.355	216	51	1.150	8.771
dic-08	9.394	241	78	1.222	10.934
dic-09	9.182	272	38	1.102	10.595
dic-10	11.106	255	34	1.394	12.789
dic-11	13.371	306	25	1.620	15.322
dic-12	15.333	442	43	2.230	18.047
dic-13	16.810	448	32	2.333	19.623

Fuente: Superintendencia de Bancos

Elaboración: Propia

El cuadro anterior muestra la evolución de la cartera y contingencias de la banca. Según las estadísticas de la SBS la cartera total incluyendo ciertos contingentes asciende a USD 19.623 millones el 31 de diciembre de 2013, un crecimiento de 8.7% que significa una desaceleración frente a 17.8% de la tendencia del 2012, lo que demuestra que en el pasado la tendencia fue a una mayor penetración del crédito de la banca privada. Las tasas de interés permanecieron estables durante 2013.

La cartera del sistema de bancos privados se compone principalmente de consumo comercial, vivienda y microempresa. La cartera se duplica entre el 2008 y 2013, presenta un crecimiento sostenido el crédito de consumo; y el crédito de vivienda está afectado por la alta participación de créditos otorgados por el BIESS.

Los nuevos impuestos generaron una significativa disminución en las utilidades de los bancos, restando recursos para su capitalización y liquidez.

Respecto de las utilidades a continuación se presentan dos tablas sobre las utilidades operativas y sobre las utilidades reinvertidas y por lo tanto que se presentan acumuladas en los respectivos balances. Según estas últimas, claramente la banca ha disminuido su preferencia a la reinversión por falta de incentivos.

UTILIDADES ACUMULADAS

FECHA	dic-11		dic-12		dic-13	
	Saldo	% Participación	Saldo	% Participación	Saldo	% Participación
10 Primeros	355.598	90,36%	279.709	88,48%	249.088	92,93%
Total sistema	393.527	100,00%	311.202	100,00%	268.041	100,00%

* Valor en miles de USD

UTILIDADES OPERATIVAS

FECHA	dic-11		dic-12		dic-13	
	Saldo	% Participación	Saldo	% Participación	Saldo	% Participación
10 Primeros	626.525	87,91%	669.267	87,63%	585.869	91,39%
Total sistema	712.654	100,00%	763.761	100,00%	619.167	100,00%

* Valor en miles de USD

Fuente: Estadísticas de la Superintendencia de Bancos.

Elaboración: Propia

Las utilidades operativas que tenían una tendencia creciente hasta el año 2012, se reducen en el 2013, lo que podría asumirse que se debe al impacto de las reformas legales introducidas. Como consecuencia la rentabilidad en términos de activos y patrimonio en el año 2013 se presenta disminuida en los Bancos del sistema, como se observa a continuación:

ROA (RESULTADOS / ACTIVO PROMEDIO)

BANCOS	dic-11	dic-12	dic-13
Produbanco	1,57%	1,59%	1,41%
Internacional	1,55%	1,49%	1,15%
Pacífico	1,57%	1,45%	1,10%
Citibank	1,32%	1,30%	1,06%
Bolivariano	1,36%	1,26%	1,05%
Austro	1,51%	1,16%	0,98%
Guayaquil	3,07%	1,06%	0,97%
Pichincha	1,43%	0,81%	0,88%
Proamérica	0,93%	0,77%	0,65%
Machala	0,57%	0,46%	0,59%
10 Primeros	1,68%	1,13%	0,89%
Total sistema	1,65%	1,13%	0,87%

Fuente: Superintendencia de Bancos

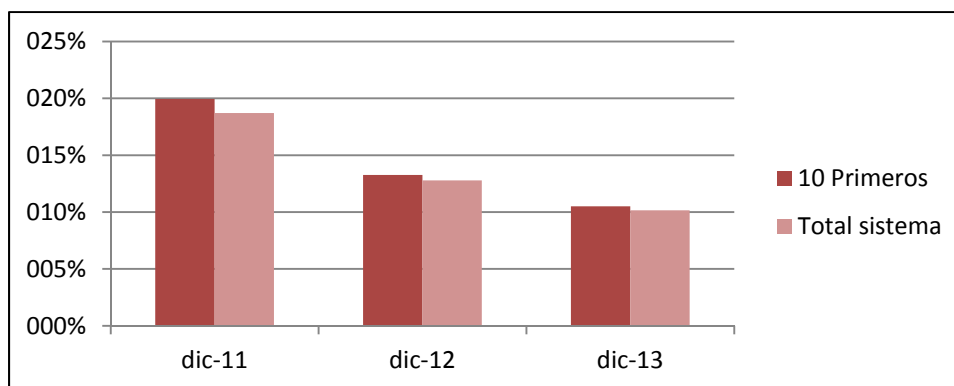
Elaboración: Propia

ROE (RESULTADOS / PATRIMONIO PROMEDIO)

BANCOS	dic-11	dic-12	dic-13
Produbanco	19,01%	20,38%	16,85%
Internacional	18,29%	19,87%	15,58%
Bolivariano	18,78%	17,99%	14,06%
Citibank	17,07%	17,42%	12,74%
Austro	19,65%	14,47%	12,23%
Pacífico	13,33%	12,85%	11,00%
Guayaquil	49,33%	11,88%	9,72%
Proamérica	13,70%	11,57%	9,70%
Pichincha	16,86%	9,54%	7,62%
Machala	7,39%	6,47%	7,37%
10 Primeros	19,95%	13,26%	10,51%
Total sistema	18,71%	12,79%	10,15%

Fuente: Superintendencia de Bancos

Elaboración: Propia



Fuente: Superintendencia de Bancos

Elaboración: Propia

La información analizada demuestra el efecto en las operaciones y rentabilidad de la Banca; sin embargo también se aprecia un impacto a la economía, dado por la desaceleración de su función de intermediación del dinero y del financiamiento otorgado, todo lo cual tiene su incidencia en el desenvolvimiento económico. Debe aclararse que la intermediación y concesión de créditos no solo depende de los bancos, sino también, de la demanda de inversionistas que analizan los riesgos y oportunidades del país.

El impacto de la carga tributaria en el sector financiero y el beneficio para el Estado, se aprecia en el hecho de que pese a una disminución en las utilidades operativas de la Banca, el Impuesto a la Renta aumenta debido a las reformas legales y muy especialmente al nuevo cálculo del anticipo de Impuesto a la Renta y a la eliminación del incentivo a la

reinversión. Desde luego habrá que ver la las declaraciones del año 2014 para llegar a mejores conclusiones; lamentablemente el SRI ya no ha publicado estadísticas de recaudación desde el mes de febrero del presente año.

En el siguiente cuadro se presenta la información que se ha podido recopilar sobre el Impuesto a la Renta y el ISD pagado por los bancos en los años 2012 y 2013, para permitir una comparación entre, el antes y el después de la reforma legal. En efecto en este último año debería sentirse los primeros impactos en utilidades y en materia impositiva.

Nro.	BANCOS DEL SISTEMA	IMPUESTO A LA RENTA		ISD	
		2012	2013	2012	2013
1	AMAZONAS S.A.	112.359,24	562.619,39	1.524,20	2.749,81
2	BOLIVARIANO S.A.	6.065.962,91	6.830.791,15	131.328,18	219.770,47
3	COFIEC S.A	0	0	145,76	129,13
4	COMERCIAL DE MANABI S.A.	91.577,13	113.573,50	0	0
5	BANCO DE GUAYAQUIL S.A.	7.605.174,91	11.198.757,04	129.027,87	474.871,65
6	DE LOJA S.A.	1.479.853,58	1.397.776,60	4.570,47	963,72
7	DE MACHALA S.A.	1.014.903,59	609.266,16	25.542,47	94.878,69
8	DEL AUSTRO S.A.	4.476.158,00	5.426.085,54	679.605,32	384.420,12
9	DEL LITORAL S.A.	22.460,19	0	893,25	29,15
10	DEL PACIFICO S.A.	11.282.459,54	9.982.196,59	63.196,86	98.896,23
11	BANCO DEL PICHINCHA C.A.	5.323.658,69	11.916.106,00	5.370.487,46	138.090,11
12	DELBANK	10.532,89	21.174,51	0	975,45
13	GENERAL RUMIÑAHUI	1.151.412,04	1.165.320,51	15.332,41	9.771,88
14	INTERNACIONAL S.A.	4.151.100,17	5.722.593,46	46.911,63	96.607,33
15	FINCA S.A.	156.939,00	0	124.033,47	383.724,23
16	PROCREDIT S.A.	2.578.948,60	2.557.530,28	1.631.160,24	2.367.306,67
17	PRODUBANCO S.A	3.777.387,10	8.403.818,05	655.773,51	140.750,91
18	SOLIDARIO S.A.	2.065.682,14	2.492.248,83	43.149,99	385.710,81
19	TERRITORIAL S.A.	45.618,85	0	213.628,84	8.944,57
20	CITIBANK N.A.	2.272.010,39	2.494.731,07	20.518.391,38	304.593,12
21	PROMERICA S.A	763.089,91	1.398.568,32	128.229,31	716.145,80
22	UNIBANCO				
23	COOPNACIONAL S.A.	438.994,13	527.625,17	87,5	45
24	D-MIRO S.A.	182.409,88	438.053,66	206.746,77	342.091,08
25	CAPITAL S.A.	122.052,48	175.439,00	7.693,31	18.931,27
26	BANCO SUDAMERICANO S.A.	13.121,53	23.284,61	1.860,00	0
	TOTALES	55.203.866,89	73.457.559,44	29.999.320,20	6.190.397,20

Valor en dólares

Fuente: Servicio de Rentas Internas

Elaboración: Propia

La incidencia impositiva para la Banca ha representado 18.3 millones de dólares, que a su vez constituyen ganancias fiscales. Cabe recordar sin embargo, que las

perspectivas del Ejecutivo se referían a 300 millones de utilidad de la Banca para financiar el incremento del Bono de Desarrollo Humano de 35 a 50 dólares.

Una investigación más detallada, demuestra otros agentes económicos que están sufriendo la carga fiscal, y cabe referirse a los programas de ajuste que hacen las instituciones bancarias para recuperar su nivel de rentabilidad y en este proceso, se topa el empleo restringido y el no sustituido cuando sale algún funcionario; se limitan las atenciones a clientes, accionistas y directores; las relaciones con proveedores se vuelven menos generosas, por decirlo de alguna manera, y el enfoque en el control de costos constituye una tarea prioritaria. El crédito se torna más selectivo, procedimiento que deja fuera a interesados en conseguir financiamiento que no presenten importante respaldo, tanto de garantías, como de operaciones. De ahí que conjuntamente con la incidencia del impuesto en las entidades bancarias, sufren el impacto algunos otros agentes relacionados.

Respecto del ISD la información disponible indica una sensible disminución, originada fundamentalmente en las declaraciones del City Bank con una rebaja del de 20.2 millones de dólares. Es posible que frente a las expectativas de la carga fiscal, algunas medidas se tomaran por adelantado.

La falta de información sobre el impuesto a los activos en el exterior me ha impedido realizar un análisis al respecto. Pero tan gravoso resultaba este impuesto, dadas las condiciones del mercado financiero internacional, que las Entidades Bancarias han optado por vender las sucursales, afiliadas, u oficinas en el exterior y al mismo tiempo evitarse el riesgo de un enfrentamiento con el SRI ante requerimientos de información que difícilmente se puede atender dada la extraterritorialidad de los controles de la autoridad.

Con relación a la obligatoriedad de asumir la Banca el IVA en servicios, no se dispone de información, sin embargo en una investigación particular a diversas entidades, se ha podido conocer que en lo que es posible, están utilizando el sistema de crédito del IVA, y gracias al descuento del IVA en compras, la incidencia real ha sido mínima.

En conclusión, la incidencia del impuesto calculada en US \$ 18.3 millones es a mi criterio una ganancia mínima del Fisco, frente a las distorsiones introducidas en el sistema tributario. El desempeño de la Banca, de mantenerse el ritmo de crecimiento histórico, le habría proporcionado al Estado, mayores recursos para su gestión social, fruto del impuesto a la renta.

CAPÍTULO IV.- EL SISTEMA FINANCIERO

4.1. SU IMPORTANCIA EN LA ECONOMÍA

Al ser el sistema financiero el objeto de la reforma Legal es necesario hacer un análisis sobre su conformación e importancia económica.

El sistema está constituido por el conjunto de instituciones que prestan servicios financieros, su estructura y objetivos, facilitan las actividades de los agentes económicos y mejora el desempeño de la economía en general, de ahí la importancia de la banca a través de la historia y fundamentalmente en la sociedad moderna. La función de intermediación del dinero es fundamental; razón por la cual ha sido recogida en nuestra legislación así:

“Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión”.⁸²

De esta forma el sistema bancario contribuye a poner en circulación el dinero en la economía y a realizar procesos de estabilización. La diferencia entre la tasa de interés de colocación y la de captación representa el “margen de intermediación”.

De los fondos que los bancos captan, el Banco Central los obliga a mantener un porcentaje de liquidez depositado en esa Institución, como reserva para hacer frente a posibles demandas de restitución de los clientes y como protección de los depositantes, es el “encaje bancario”.

Los Bancos mantienen además reservas líquidas, que se conoce como “coeficiente de caja”, por encima del mínimo fijado legalmente, de acuerdo a la política de liquidez de cada entidad. La finalidad de las reservas es precautelar la solvencia a corto plazo de los bancos. Cuanto mayor sea el coeficiente de caja más difícil es que un banco quiebre, pero

⁸² Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley General de Instituciones Financieras*, Art.2. Codificación publicada en el RO No. 250 del 23 de enero de 2001.

también será menor la proporción de créditos concedidos por unidad de depósito y por tanto su rentabilidad y sus beneficios serán menores.

En definitiva, el problema básico de un banco es conseguir la máxima rentabilidad, pero asegurando al mismo tiempo la liquidez suficiente, y niveles de solvencia, para hacer frente a posibles situaciones de riesgo derivadas de no pago de sus deudores y en general de los riesgos del mercado.

En la actualidad, dada la reducción de los márgenes de intermediación, debido a la competencia del mercado por una parte, y a la regulación gubernamental por otra, una importante fuente de ingresos representa la prestación de servicios. Las sociedades modernas se caracterizan por un alto nivel de bancarización. Todo pago realizado a nombre del cliente, las transferencias en general, la apertura de cartas de crédito domésticas y sobre todo para el comercio internacional, son servicios prestados por la banca. Además, las garantías como respaldo de diferentes operaciones crediticias, o de cumplimiento de condiciones contractuales, son importantes servicios que se prestan en función de la capacidad y solvencia del cliente.

En el Ecuador, aunque las actividades de la banca están muy restringidas por Ley, debido a disposiciones de la Autoridad Monetaria, los bancos deben adquirir bonos emitidos por el gobierno; pero todas las actividades relacionadas con seguros, actividad reconocida en general como función financiera, y el manejo de casas de valores, han sido eliminados de los servicios bancarios.

4.2. POLÍTICA MONETARIA

La política monetaria, es un instrumento de la política económica, a cuyos objetivos, los bancos se constituyen en útiles aliados. La política monetaria impulsa los objetivos económicos de crecimiento sustentable, sin desequilibrios. Esto quiere decir, sin inflación, con mayor nivel de empleo posible y sin déficits permanentes en la balanza de pagos, manteniendo un tipo de cambio estable y protección de las reservas internacionales. Bien sabido es por los economistas el problema de compatibilidad entre estos objetivos, (inflación y empleo por ejemplo) que obliga a un minucioso seguimiento de las variables.

El mecanismo de transmisión de la política monetaria, es aquel en que las variaciones de la oferta monetaria se traducen en variaciones de la producción, el empleo,

los precios y la inflación. La autoridad monetaria por tanto, tiene que evaluar cuidadosamente los efectos de sus decisiones sobre el mercado financiero.

Aún en el caso ecuatoriano en que existe un sistema de dolarización y que por lo tanto el Banco Central solo puede hacer emisiones restringidas de dinero, de hecho toma decisiones de política monetaria, al fijar la tasa de interés por sectores, colabora con el gobierno en operaciones de venta de bonos en mercado abierto y vigila y regula constantemente las reservas de los bancos. Si bien no realiza operaciones de redescuento de documentos para fijar la tasa de descuentos, si fija la tasa de interés referencial y las máximas a las que pueden prestar los bancos por sectores y características de operación. Vigila permanentemente los créditos externos y obliga a su inscripción y registro de sus condiciones de financiamiento.

Con la globalización, y el incremento del comercio exterior, la política monetaria tiene que ver también con las relaciones internacionales en una economía abierta, es decir aquella que tiene transacciones con el resto del mundo, lo cual implica la existencia de una demanda por exportaciones y de importaciones y en general una interdependencia en materia de relaciones económicas. Esto se refleja en las cifras del intercambio de bienes y servicios, y también de activos financieros entre diferentes economías. El análisis de estas relaciones se refiere tanto al comercio internacional como a las finanzas internacionales y su impacto en balanza de pagos, tipos de cambio, etc., aspectos que explican la evolución que han tenido los mecanismos de transmisión de la política monetaria.

El sentido del efecto de la política monetaria es el mismo, en el caso del comercio exterior y con relación a la inversión interna; pero las cuestiones de la apertura de la economía plantean más complicaciones a las autoridades económicas, debido a que la política monetaria deja de ser autónoma y depende, o puede influir en las políticas de los países, con quienes se mantienen las transacciones de comercio.

Las relaciones cuantitativas entre la política monetaria, el tipo de cambio, el comercio exterior y la producción y los precios son sumamente complejas. Los modelos económicos actuales no pueden predecir con exactitud la influencia de las modificaciones de la política monetaria en los tipos de cambio. Por otra parte, incluso aunque se conozca la relación entre el dinero y el tipo de cambio, la influencia de los tipos de cambio en las exportaciones netas es difícil de predecir, debido a que los tipos de cambio y los flujos

comerciales resultan afectados simultáneamente por la política fiscal y monetaria de otros países, por lo que no siempre se puede distinguir las causas y los efectos de los cambios de los flujos comerciales.

Cabe mencionar adicionalmente las medidas de carácter cualitativo que corresponden a las opiniones que vierten las autoridades monetarias y que ejercen una influencia inmediata sobre las expectativas de los agentes económicos. Fue notoria la acción tranquilizadora que ejerció recientemente el discurso en Wall Street de la Doctora Janet Yellen Presidenta de la Reserva Federal de los Estados Unidos, al decir que ve posible que la situación se normalice en el 2016, por lo que a corto plazo, la estrategia que se va a seguir es la misma: retirar los estímulos de forma gradual y se modulará en función de la evolución de la economía. Para despejar dudas, repitió que los tipos estarán excepcionalmente bajos durante un “tiempo considerable”.

Es necesario insistir en la importancia de las expectativas y la limitación de la política monetaria, cuando el entorno no es favorable. El Banco Central puede llevar a cabo una política expansiva aumentando la oferta de dinero para financiar más inversión, y por lo tanto, posibilitando con ello una mayor concesión de préstamos, pero no puede obligar a los bancos a que presten más cuando, los empresarios se niegan a invertir ante expectativas negativas. De ahí que los economistas concuerden en que la política monetaria es más efectiva para restringir el gasto que para generarlo. El sistema financiero podrá coadyuvar a los objetivos de la política económica y monetaria cuando exista un ambiente amigable a la inversión y los agentes económicos puedan mirar con optimismo las perspectivas futuras.

En opinión del Banco Mundial “...*Las regulaciones de los mercados de crédito deben hacer que los intermediarios financieros puedan responder a los incentivos que favorecen la canalización de recursos financieros hacia los sectores de la economía en un entorno razonable de gestión de riesgos...*”⁸³

Ya Shumpenter (1911) anotaba que *los servicios prestados por el sistema financiero son importantes para la promoción del crecimiento económico. El desarrollo del sistema financiero es importante para el crecimiento a largo plazo.*

⁸³ Banco Mundial, Memorias, 2000.

En el mundo existe evidencia cada vez más contundente de que el círculo virtuoso ahorro – inversión – crecimiento, solo se cumple cuando el ahorro se canaliza a sistemas financieros sólidos. Un sistema financiero sólido es aquel que elige buenos proyectos de inversión, aporta rendimientos, asegura la liquidez de los ahorros y permite que un mayor número de personas tenga acceso a los instrumentos que ofrece.⁸⁴

4.3. MARCO DE REGULACIÓN Y CONTROL

Dada la importancia de los bancos en el desenvolvimiento de la economía, es fundamental que exista un marco de regulación y control sobre estas instituciones, sujetándoles a ciertos requisitos, restricciones y directrices de actuación gubernamental. Al respecto es necesario tomar en cuenta lo que dice la CEPAL:

...“un sistema bancario sano se basa en dos pilares: el primero se refiere a las condiciones de operación del mercado, es decir si existen restricciones respecto a lo que los bancos pueden hacer y cómo lo realizan.... El segundo pilar se refiere a la calidad de la Supervisión Bancaria. Por ello es importante avanzar en el fortalecimiento de la supervisión bancaria antes de la apertura, de lo contrario existe un alto potencial que el proceso desemboque en una crisis del sector....”⁸⁵

En el Ecuador el marco regulatorio está dado por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero⁸⁶, Complementado con abundante normativa secundaria emitida por la SBS a través de Regulaciones, que puede verse en el portal de esa Institución.

La Junta Bancaria, tiene a su cargo la formulación de la política de control y supervisión del sistema financiero, la aprobación de las modificaciones del nivel requerido de patrimonio técnico y las ponderaciones de los activos de riesgo; debe resolver sobre el establecimiento y liquidación de las instituciones financieras, así como de la remoción de sus administradores y el establecimiento del monto máximo de las remuneraciones de los administradores y representantes legales de las instituciones bajo su

⁸⁴ Banco Mundial, *Memorias*, 1995

⁸⁵ Livacic, Ernesto y Sáez, Sebastián, *Siete temas de coyuntura* No.10. La supervisión bancaria en América Latina en los noventa, Santiago de Chile, 2000, p.26

⁸⁶ Art. 1 LGISF

control. Existen normas expresas respecto de la imposibilidad de vinculación entre administradores y administrados.

Desde el año 2007, con el inicio de este gobierno, el sector de la banca ha sido objeto de una gran intervención estatal a través de múltiples reformas y normativa especial tendiente a afectar su operatividad y estructura. Con la Reforma a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, se fijan las tasas efectivas máximas a las que pueden prestar el sistema financiero mediante cálculo establecido por el BCE. En la Constitución del 2008 se da a la actividad financiera el carácter de un servicio de orden público, y se prohíbe además a las instituciones financieras poseer participación de capital en medios de comunicación.

Con la reforma a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero de diciembre del 2008, se dispone que las Instituciones financieras estarán sujetas a tarifas máximas determinadas trimestralmente por la Junta Bancaria, además se establece que la SBS autorizará previamente los servicios a ser libremente aceptados, las tarifas diferenciadas para cada caso, las actividades que no constituyen servicio público y aquellas propias del negocio que serán gratuitas.

Mediante consulta popular realizada en mayo del 2011, se consiguió la aprobación de que los directores y principales accionistas de las Instituciones Financieras no puedan ser titulares directa, ni indirectamente, de acciones ni participaciones en empresas ajenas a la actividad financiera. De esta forma se amplía lo ya previsto en la reforma constitucional del 2008, respecto de la prohibición de poseer acciones, no solo a los medios de comunicación, sino en todas las demás actividades económicas.

A finales del 2011 se reforma la Ley de Régimen tributario Interno y la de Equidad Tributaria, y se modifica la tasa del Impuesto a la Salida de Divisas ISD del 2% al 5%, estableciendo la presunción de que todo pago efectuado desde el exterior se lo realiza con recursos que causan el ISD. En este impuesto la transaccionalidad y la obligación de información involucra directamente a la Banca, ocasionándole mayores responsabilidades.

La Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera de diciembre del 2008 estableció el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano, administrado por el Banco Central del Ecuador, para que actúe en calidad de prestamista de última instancia y otorgue préstamos de liquidez a las instituciones financieras privadas que

se hallan sujetas a la obligación de mantener encaje de sus depósitos en el Banco Central del Ecuador, y que mantengan su patrimonio técnico dentro de los niveles mínimos exigidos por la Ley.

En diciembre del 2012, previo a las elecciones generales se creó la “Ley Orgánica de Redistribución de los Ingresos para el Gasto Social”, que grava diferentes facetas de la actividad bancaria, afecta el sigilo bancario y establece sanciones diferenciadas para la Banca.

Al culminar la presente tesis, el Ejecutivo ha enviado a la Asamblea con el carácter de urgencia económica, un proyecto de Código Monetario y Financiero que cambia totalmente las reglas económicas vigentes en el país y muy especialmente la actuación del sistema bancario y financiero.

4.3.1 NORMAS DE BASILEA

Los principios de Basilea, llamados también Principios Básicos para la Supervisión Bancaria Efectiva, constituyen un marco de normas mínimas que el Comité considera deben ser implementados por las autoridades bancarias en todos los países. Ello debido a que cualquier deficiencia en el sistema financiero de un país, puede poner en riesgo la estabilidad financiera tanto dentro, como fuera de sus fronteras. En consecuencia, la aplicación de los Principios Básicos por todos los países supondría un avance considerable para la mejora de la estabilidad financiera nacional e internacional, al tiempo que sentaría las bases para un mayor desarrollo de sistemas de supervisión eficaces.⁸⁷

Los principios de Basilea, son lineamientos que proveen un marco de regulación internacionalmente aceptado. Los estándares y las recomendaciones sobre buenas prácticas emitidos por el Comité no poseen fuerza legal; sin embargo, motivan a las diferentes autoridades supervisoras para que los adecuen a sus propios sistemas internos y logren una convergencia hacia enfoques y estándares comunes.⁸⁸

El Comité de Basilea en Supervisión Bancaria realiza periódicamente una serie de recomendaciones, siendo las principales: el buen gobierno corporativo, el manejo del riesgo

⁸⁷ Economía y Finanzas para todos. Bitácora de artículos de opinión y análisis sobre diferentes debilidades e imperfecciones de la economía. Síntesis del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

⁸⁸ Literatura sobre el Comité de Basilea y la Superintendencia de Guatemala

de crédito, del riesgo de tasas de interés, del riesgo de liquidez, del riesgo operativo, el marco de los sistemas de control interno, la continuidad operativa.

Sin embargo, los principios reconocen la necesidad de precondiciones que se refieren especialmente a: 1) políticas macroeconómicas sólidas y sostenibles; 2) disciplina de mercado real; 3) infraestructura pública bien desarrollada; 4) mecanismos que provean un nivel apropiado de protección sistémica.

Si bien las políticas macroeconómicas no se encuentran dentro de la competencia de los supervisores bancarios, deberían actuar si perciben que las políticas existentes están mermando la solidez y seguridad del sistema bancario. Según entrevistas realizadas a funcionarios de alto nivel en la banca, el supervisor ecuatoriano carece de autonomía que le permita opinar y debatir sobre políticas económicas de tipo financiero, o tributario, las cuales impactan sobre la solidez y seguridad del sistema bancario.

Por otro lado, las señales del mercado pueden verse distorsionadas, si los gobiernos intentan influenciar o suplantar las decisiones comerciales, particularmente las decisiones de otorgar préstamos, para alcanzar objetivos de política pública. En estas circunstancias, opinan los entrevistados, es importante que si estos préstamos están respaldados por garantías, sean reveladas y realizados acuerdos para compensar a las instituciones financieras cuando la política de préstamos deje de aplicarse. La declaración constitucional de actividad pública a la gestión bancaria financiera, subordina las decisiones técnicas a las intenciones políticas; el marco legal permite a los gobiernos influenciar ampliamente en la actividad bancaria.

En relación al cuarto punto, en general la decisión sobre el nivel adecuado de protección sistémica es una decisión política que deben resolver las autoridades pertinentes, incluido el Banco Central. Los supervisores normalmente tendrán que actuar en vista de su conocimiento de las instituciones involucradas. Es importante hacer una clara distinción entre el papel de la protección sistémica, o red de seguridad, y la supervisión diaria de las instituciones solventes. Cuando se tratan de asuntos sistémicos es necesario abordar, por un lado, los riesgos sobre la confianza en el sistema financiero y el contagio a instituciones que son sólidas, y por otro, la necesidad de minimizar la distorsión de las señales de mercado.

En criterio de los entrevistados, si bien existe una red de seguridad financiera, la solidez y capacidad de la misma para resistir un evento sistémico está en duda, de igual

forma indican que la normativa secundaria no siempre está alineada con los principios de Basilea y pone en dificultades a la administración de la Banca.

Al respecto cabe indicar los criterios de Bernanke⁸⁹ y Blinder⁹⁰, Kiyotaki⁹¹ y Moore, respecto de la regulación bancaria:

“... Los regímenes regulatorios que no consideran las coyunturas que permanentemente atraviesa el sistema financiero, pueden contribuir a aumentar la vulnerabilidad de las instituciones y magnificar el impacto de las conmociones macroeconómicas sobre los mercados de crédito, produciendo una elevada volatilidad y perjudicando la competitividad del país...”⁹²

“...Cuando la regulación bancaria de un país es muy restrictiva, se obstaculiza seriamente la capacidad del sector financiero para asignar recursos de inversión eficientemente...”⁹³

Por lo expuesto en este capítulo puede concluirse no solo sobre la importancia del sistema bancario dentro de la economía del país, sino en las relaciones económicas y financieras internacionales; destacar el riguroso marco de regulación y control a que están sometidas y sobre el cual a través de los principios de Basilea, existe un compromiso internacional de control y seguridad financiera; insistir además, sobre la necesidad de que el Gobierno contribuya a fomentar un ambiente de políticas macroeconómicas coherentes y tomar en cuenta que la política monetaria está inmersa en el marco de regulación y control, que no puede estar ajena al desenvolvimiento macroeconómico...

“si el ciclo económico daña al sistema financiero, la política monetaria pierde su efectividad para evitar una deflación o inflación elevada. Entonces, la política monetaria debe poner atención también a la estabilidad financiera para prevenir un perjuicio sustancial al sistema financiero, y con ello evitar daños a los mecanismos de transmisión de la política monetaria.”

⁸⁹ Economista y político estadounidense, fue presidente de la Reserva Federal

⁹⁰ Profesor de la Universidad de Princeton. Destacado macroeconomista que llegó a ser vicepresidente de la Junta de la Reserva Federal de los Estados Unidos.

⁹¹ Nobuhiro Kiyotaky Premio Nóbel de economía 2010 conjuntamente con Jhon H. Moore, profesor de Economía y Economía Política de la London School of Economics. Formularon el modelo de cómo los shocks exógenos a largo plazo inciden permanentemente sobre la liquidez y las restricciones crediticias.

⁹² http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubb-2001s_6033.pdf, Banco Interamericano de Desarrollo, cita a Bernanke y Blinder, *Perturbaciones Monetarias*, p. 4

⁹³ http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubb-2001s_6033.pdf, Banco Interamericano de Desarrollo, cita a Kiyotaki y Moore, *Productividad*, p.4

“en un sentido más vasto, los gobiernos deberían utilizar un conjunto más amplio de instrumentos para hacer frente a los ciclos económicos. Además de las tasas de interés, también deben considerarse otros instrumentos de naturaleza macro prudencial como los requerimientos de capital cíclicos y los límites al uso de endeudamiento de corto plazo por parte de las entidades financieras.”⁹⁴

Estas, algunas reflexiones para comprender la complejidad del tema financiero, bancario y monetario; eliminar criterios que desnaturalizan la actuación de la banca y aceptar la necesidad de un permanente análisis de la economía para evitar, o paliar las crisis sistémicas, verdaderas causas de los desajustes bancarios.

Hechos subsecuentes

El economista Walter Spurrier expresaba en su columna editorial:

“El poder Ejecutivo ya tiene listo un vasto y ambicioso proyecto de Código Monetario y Financiero que crea una poderosísima Junta dirigida por un funcionario designado por el presidente e integrada por ministros de Estado. A la Junta responderán el Banco Central, La Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Compañías, entre otras entidades. La Junta dispondrá el destino de los dineros que existen en el fondo de liquidez, sin tener que consultarle a los bancos; podrá dictarles a los bancos a qué sectores prestar y en qué condiciones, aunque las autoridades no tendrán responsabilidad alguna si esas disposiciones arrojan malos resultados. W. Spurrier.”⁹⁵

Efectivamente para 2014 las autoridades anunciaron una sustitución integral de toda la legislación monetaria y bancaria, que ha sido plasmada en el nuevo Código Monetario y Financiero enviado a la Asamblea con el carácter de económico urgente el día viernes 29 de junio del presente año. El día viernes 25 de julio, la Asamblea aprobó el proyecto enviado por el Ejecutivo, el mismo que se encuentra en período de resolución por parte del Presidente de la República.

Respecto de la motivación del Proyecto cabe señalar algunos pronunciamientos:

⁹⁴ <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-152/moneda-152-04.pdf>, entrevista al profesor Kiyotaki durante su asesoría al Banco Central del Perú, 10 de agosto de 2012, p. 2

⁹⁵ Spurrier, Walter, Columna Editorial del Diario El Universo, 8 de junio de 2014

- Instrumento normativo que contribuirá a cambiar las relaciones de poder que históricamente han predominado en el Ecuador;
- Elemento clave dentro del proceso político de transformación en el que la institucionalidad económica, financiera y social nacional apuntalan un nuevo modelo económico en el que prevalece el ser humano sobre el capital financiero.
- Busca dar continuidad a un proceso de conversión del Estado burgués clasista hacia un estado popular, donde las reglas del juego no se definen por la clase dominante (concebida como el poder mediático de los grupos financieros privados, la dominación de los países hegemónicos o las burocracias internacionales) sino por el pueblo, el poder popular – el legítimo mandante
- En el Ecuador, transformar el Estado burgués clasista significa reformar y reemplazar a las instituciones de explotación y acumulación existentes.
- Implica transitar de un modelo de acumulación primario exportador y altamente dependiente de importaciones, sostenido por y al servicio de, la banca privada y los grupos económicos hegemónicos, hacia un modelo económico social y solidario cuyo objetivo es propender a una relación dinámica y equilibrada, entre sociedad, Estado y mercado.
- Dar fin a las deficiencias estructurales de la economía de mercado

Tal parece que la motivación fuera un extracto del Manifiesto Comunista que tuvo su significado en la revolución industrial a finales del S. XIX y principios del S. XX, cuando el proceso de cambios en la industrialización, innovación y avances tecnológicos, determinó fuerte presión tanto para los capitalistas, que pusieron a prueba un duro período de ahorro e inversión y trabajo, como para la clase trabajadora que no contaba con los avances actuales en derechos laborales, seguridad social, rangos salariales, horas de trabajo, etc. Para bien de todos, en cien años esta situación no solo que ha cambiado, sino que el nivel de vida de la gente en general ha mejorado substancialmente, si bien es cierto, en forma esencial, por la tecnología disponible.

En los Considerandos, se marca la cancha de los objetivos del Código:

- Establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera y orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país

- La política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del BC; la política crediticia y financiera también se ejercerá a través de la banca pública
- Las actividades financieras son un servicio público y podrán ejercerse, previa autorización del Estado de acuerdo con la Ley
- El Estado promoverá y protegerá el ahorro interno como fuente de inversión productiva del país

Según el esquema de administración establecido en los diferentes cuerpos legales que se han aprobado a partir del 2007, se crea en este caso, “la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, como un cuerpo colegiado de derecho público, parte de la Función Ejecutiva, responsable de las políticas públicas y la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera de seguros y valores”. Está conformada con plenos derechos...por los Ministros de Coordinación Económica, Finanzas, Producción, el titular de SENPLADES y el representante del Ejecutivo. La Superintendencia de Bancos es el órgano de control de la Banca.

A través de las funciones asignadas a la Junta y al BCE se pretende un manejo tecnocrático de la política. A continuación, algunas de ellas:

- Aprobar la programación monetaria, crediticia, cambiaria y financiera que se alinearán al programa económico del gobierno;
- Determinar el nivel de liquidez global para la economía consistente con los objetivos estratégicos de la política económica
- Regular el crecimiento de las entidades financieras... para reducir la vulnerabilidad de la economía
- Establecer normas para el funcionamiento de los pagos y transferencias desde y hacia el Ecuador
- Establecer unidades de cuenta
- Regular la gestión de la moneda electrónica y disponer al BC su implementación, monitoreo y evaluación así como de la moneda nacional metálica
- Establecer normas para el funcionamiento de los pagos y transferencias desde y hacia el Ecuador

- Regular la participación como accionista en entidades del SFN a personas naturales o jurídicas domiciliadas en paraísos fiscales.
- La junta podrá requerir directamente, la información que considere necesaria sin restricción alguna
- Podrá requerir por intermedio de los órganos de control información de las entidades del SF y de toda entidad no financiera que otorgue crédito y establecer condiciones y límites a su posición de activos externos y a su endeudamiento en el exterior
- Podrá establecer condiciones y límites al endeudamiento externo que las entidades financieras de valores y seguros y las entidades no financieras que otorguen crédito por sobre los límites que establezca la Junta del país, contraten en el exterior
- Podrá disponer que las divisas provenientes de las operaciones que determine, ingresen obligatoriamente al país y establecerá multas hasta por el monto de las divisas no ingresadas
- Las demás que le asigne la Ley

La amplitud de las atribuciones representa una peligrosa discrecionalidad, sin responsabilidad de los que toman las decisiones de política. En efecto se dice:

“El legítimo contradictor para impugnar en vía judicial los actos de la Junta serán cada una de las secretarías de Estado de las cuales provienen sus miembros y la presidencia de la república para el caso del delegado del presidente. Toda acción judicial iniciada en contra de sus miembros serán ineficaces y los jueces deberán desecharlas, sin perjuicio del derecho de repetición....”

“Los actos sancionatorios podrán ser impugnados en sede administrativa o en sede judicial sin perjuicio de las demás acciones que les franquea la Ley, pero “la presentación de un reclamo o recurso o una acción judicial no suspenden los efectos del acto sancionador”.

En relación al sistema financiero la intervención gubernamental a partir del 2007, ha dejado dudas en muchos casos sobre la legalidad de sus disposiciones. Se encuentran pendientes algunas demandas de inconstitucionalidad, que podrían quedar subsanadas con el nuevo marco legal. Para ello el gobierno dispone ahora de un arma poderosísima, la declaración de **potestad del Estado**, abriéndose inmensas posibilidades de actuación.

El Código representa un marco de política monetaria, no regulatorio, sino impositivo, señala que (...) “Las actividades financieras son un servicio de orden público de potestad del Estado, que pueden ser prestadas por las entidades que conforman el Sistema Financiero Nacional, previa autorización de los organismos de control, en el marco de la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera” Artículo 142. Además antes del inicio de las operaciones requerirán un permiso de funcionamiento.

Dado que se dispone, entre otras, la derogatoria de Ley de Instituciones Financieras que fue hasta ahora el marco de regulación y control de estas entidades, el nuevo marco regulatorio en todos los aspectos lo constituye el Código Orgánico Monetario y Financiero.

En el Art.4 constan los principios que inspiran el Código, sin embargo no consta ninguno referente a la preservación de la estabilidad del sistema financiero nacional, la del sistema de dolarización vigente y del sistema nacional de pagos.

El proyecto de Ley indica en el Art. 204, que “las entidades del sistema financiero nacional están obligadas a cumplir con las normas de composición en la estructura de sus activos financieros, de acuerdo a lo que establezca la Junta de Regulación”; pero por otra parte, exime a la Junta de cualquier responsabilidad ante las consecuencias del cumplimiento de todo requisito que emane de ella, trasladando dicha responsabilidad enteramente a las instituciones del sistema financiero que deben de cumplir con dicha imposición; al referirse a este tema, el Asambleísta Ramiro Aguilar explicó que con esta disposición la política ha perdido el pudor.

Las disposiciones del Código representarían una estatización de la Banca, ya que el Estado asume la “potestad” de este “servicio de orden público”, pudiendo delegar tal servicio a la iniciativa privada, asimilándola a una concesión. Demás está decir que un servicio público tiene características de prestación de generalidad, obligatoriedad, regularidad, en algunos casos gratuidad o baja contra- prestación, aspectos estos que fueron considerados en su oportunidad por la Asamblea Constituyente de Montecristi para evitar tal calificación. Al ser esta disposición inconstitucional, posiblemente conste, en forma paralela, una reforma a la Constitución.

Pero el objetivo fundamental del Código sería el manejo de la liquidez del sistema financiero. Debido a que el modelo de desarrollo se sustenta en un importante gasto

público, el gobierno paulatinamente ha dispuesto, no solo de los ingresos presupuestarios, sino de significativa deuda interna y externa, que parece ha llegado a sus límites, por lo que en las circunstancias actuales tendría en miras para su financiamiento, el ahorro de los ecuatorianos depositados en el sistema financiero y la acción monetaria del Banco Central a través del Dinero Electrónico. A este fin el Art.116 dispone “La junta definirá las políticas de liquidez para garantizar la eficacia de la política monetaria enfocada a la consecución de los objetivos de este Código. Establecerá y regulará los instrumentos de política monetaria a utilizarse: reservas de liquidez, proporción de liquidez doméstica y la composición de la liquidez total, tasas de interés, operaciones de mercado abierto y ventanilla de redescuento, entre otros”. La implementación de estos instrumentos se la hará a través del Banco Central del Ecuador.

El Código representaría una transición hacia la desdolarización, aspecto que debería haber sido ampliamente discutido en la sociedad, por constituir la dolarización, un esquema monetario que le ha permitido estabilidad al país y que goza de gran aceptación; es más, un aspecto tan trascendente como éste, ameritaría una consulta al pueblo, toda vez que aspectos no significativos como la suerte de los gallos y los toros fueron objeto de referendo. “El Gobierno debe decirle al país que va a emitir una moneda electrónica paralela al dólar” dijo el asambleísta Ramiro Aguilar, miembro de la Comisión Económica de la Asamblea, según nota de prensa del diario El Comercio de Quito.

Si bien un análisis a profundidad del proyecto del Código económico y financiero no me ha sido posible por la extensión del documento y por no ser el objetivo de la presente Tesis, se puede advertir que cambia aspectos muy esenciales de la vida económica del país, no es como se lo ha tratado de presentar una ley contra los bancos, “es un código en contra todos los ecuatorianos, porque afecta muchos derechos y garantías de las personas”, así expresó el economista Pablo Dávalos en entrevista de Radio Democracia.

El Banco Central, dependiente del Ejecutivo, por primera vez va a financiar el déficit fiscal en forma directa, pues ya no requiere triangular y tendrá la facultad de *adquirir* divisas para el servicio de la deuda. Está prohibido el congelamiento “general”, lo que supondría que un congelamiento parcial a ciertos grupos o personas, si es posible? La junta fijará las metas de ingreso neto de divisas, es decir se impone un control de abastecimiento de divisas.

El nuevo código contempla la supervisión no solo de las entidades financieras, sino de todas las entidades (empresas) que dan crédito, en cuyo caso entrarían los diferentes almacenes que venden mercadería a crédito. En consecuencia, la “Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera” será un organismo de gran poder bajo la dirección del Ejecutivo, que abarcará aspectos monetarios y financieros, y de todo el ámbito económico.

En cualquier caso una política con este grado de intervención contraría los acuerdos con la OMC, porque afecta el funcionamiento del mercado y vulnera los pilares de la regulación bancaria que constituyen los principios básicos de Basilea.

Finalmente cabe rechazar la forma ofensiva como las autoridades presentaron el proyecto ante la Asamblea.

"En el contexto de cambios radicales en la legislación que gobierna a la actividad privada, entre los cuales la adopción de seis mil nuevas normas técnicas, la nueva normativa para el financiamiento de emprendimientos inmobiliarios y el nuevo Código Monetario y Financiero, no es de esperar que el capital privado se apresure a tomar la posta de liderar el crecimiento económico”⁹⁶.

Hasta ahora China ha sido el principal financista del país, pero todo hace suponer que esa fuente ha llegado al límite, por falta de capacidad de pago en las condiciones de esos financiamientos; por lo tanto el Ecuador deberá retornar a las fuentes tradicionales de financiamiento de las instituciones multilaterales de crédito y el mercado internacional de capitales, como efectivamente lo está haciendo.

Otra alternativa sería cambiar las directrices del modelo económico, permitiendo que sea la inversión privada el motor del crecimiento, como ha sucedido en Chile, Colombia, México y Perú, entre otros países. Para este fin habría que liberarse de planteamientos ideológicos y abrir las posibilidades de la inversión privada. El economista Walter Spurrier en su columna editorial del Diario El Universo expresa al respecto lo siguiente:

“Es hora de consolidar el enorme avance logrado y no ponerlo en riesgo insistiendo en una estrategia agotada. Es necesario que la posta la tome la inversión privada, nacional y

⁹⁶ Caputi, Angelo, *Informe del Gerente del Banco de Guayaquil a la Junta General de Accionistas*, Guayaquil, 2013.

extranjera. Esto se logra con un clima de confianza y no a palazos, como quiso hacerse forzando la industrialización, prohibiendo las importaciones.

Hay que relanzar el cambio de matriz productiva en consulta con quienes invertirían y quienes financiarían. Hay que frenar la avalancha de leyes que en su conjunto aumentan la incertidumbre y deterioran el ambiente para la inversión.

Sin un drástico giro en este sentido, el Ecuador queda expuesto ante una caída del precio del petróleo, cierre del crédito externo, revalorización del dólar o un fenómeno de El Niño como los que afrontaron Hurtado y Mahuad. Y habría el peligro de perder lo alcanzado”⁹⁷

En el ámbito comercial el ejecutivo ha marcado las directrices acerca de las negociaciones con la Unión Europea para la firma de un acuerdo comercial que permita que los productos ecuatorianos entren al euro mercado en las mejores condiciones posibles, ya que el finalizar el 2014 se perdería las preferencias SGP. Culminadas las negociaciones se espera que el acuerdo entre en vigencia al iniciarse 2016.

Finalmente, se advierte que un posible proceso de desdolarización ha imprimido nerviosismo a los ciudadanos, si es que el Banco Central del Ecuador asume la facultad de poner en circulación privativamente dinero electrónico como se dispone en el Código Monetario y Financiero, Art.99,⁹⁸ eliminándose a su vez la información en los cuatro balances de control de carácter monetario y financiero.

Hasta ahora el sistema dolarizado ha mantenido alejado el peligro de procesos inflacionarios, lo cual ha permitido al Gobierno y al sector privado, planificar sin previsión de desequilibrios, y con horizontes bastante certeros. El equilibrio fiscal basado en buena parte en recaudación de impuestos predecibles, y en la realización de gastos corrientes y proyectos de inversión sin ajustes costosos, ha posibilitado el desenvolvimiento de una economía sana, aspectos que deberían valorarse para decisiones futuras. Demás está decir que la estabilidad fiscal es condición para el desarrollo de un sistema financiero sólido.

⁹⁷ Spurrier, Walter, Columna Editorial del Diario El Universo, 1 de junio de 2014

⁹⁸ Existe un cambio con relación a la Regulación No. 055-2014 aprobada por el Directorio del Banco Central del Ecuador el 28 de febrero y publicada en el Registro Oficial No. 208 del 20 de marzo de 2014, en la que sí se hablaba de emisión.

CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES

- La “*Ley Orgánica de Redistribución de los Ingresos para el Gasto Social*”, al menos en su enunciado⁹⁹, tiene por objeto la obtención de recursos para el financiamiento del Bono de Desarrollo Humano. De acuerdo al Ejecutivo se preveía \$ 300 millones de las utilidades de la Banca para este objetivo.
- El Estado, a través del gobierno, tiene el derecho de establecer tributos para el financiamiento del gasto social, pero debe hacerlo con sujeción a los principios constitucionales y muy especialmente al de generalidad, igualdad, y no discriminación.
- Los principios constitucionales no son simples directrices políticas sin efectividad jurídica, son normas jurídicas, vinculantes para los poderes públicos, y aplicables por los tribunales
- La tutela jurídica representa la protección que tiene el ciudadano frente a las arbitrariedades del poder constituido. Los mecanismos de garantía no se circunscriben al plano impugnatorio de reclamos y recursos frente a las actuaciones administrativas ya producidas. La primera condición para preservar los derechos del contribuyente, es proteger las garantías que contribuyen a prevenir o evitar estos procesos, especialmente sujetándose el legislador, en la promulgación de la Ley, a los principios constitucionales.
- Independientemente del fallo de la Corte Constitucional frente a la demanda interpuesta, existe la percepción de que en el proceso de creación de la Ley, se vulneraron principios constitucionales, se afectaron derechos del contribuyente y se sentaron claros precedentes de arbitrariedad del Poder.
- Esto de ninguna manera significa dejar de reconocer la importancia de las transferencias monetarias directas como medio de redistribución de la renta. El BDH ha sido un programa muy importante para paliar los efectos de la pobreza extrema y dar atención a aspectos básicos de educación y salud. No cabe duda que ha sido un mecanismo efectivo de redistribución y aplicación eficaz de la política social. Sin embargo, cabe resaltar el hecho de que hasta el año 2012, no se había grabado a ningún sector especial de contribuyentes para su financiamiento, la Ley tributaria afectaba por igual a todos los

⁹⁹ La Constitución prohíbe toda pre asignación. Art.298.

ciudadanos en capacidad de tributar, y los objetivos sociales se cumplieron exitosamente. La creación del BDH, sin duda fue un acierto continuado en diferentes gobiernos.

- Respecto del sector financiero se ha demostrado su importancia por la intermediación del ahorro hacia la inversión para fomentar el crecimiento, y permitir que un mayor número de personas tenga acceso a los instrumentos que ofrece. *Existe evidencia cada vez más contundente de que este círculo virtuoso, solo se cumple cuando el ahorro se canaliza a través de sistemas financieros sólidos*, afirma el Banco Mundial. La importancia se refiere *también a* relaciones económicas y financieras internacionales.
- Cabe destacar el riguroso marco de regulación y control a que están sometidas las entidades bancarias y sobre el cual a través de los principios de Basilea, existe además un compromiso internacional de control y seguridad financiera; insistir sobre la necesidad de que el Gobierno contribuya a fomentar un ambiente de políticas macroeconómicas coherentes y tomar en cuenta que la política monetaria al estar inmersa en el marco de regulación y control, no puede estar ajena al desenvolvimiento macroeconómico.
- Se ha puesto de manifiesto la complejidad del tema financiero, bancario y monetario para eliminar criterios que desnaturalizan la actuación de la banca y aceptar la necesidad de un permanente análisis de la economía que permitirá evitar, o paliar las crisis sistémicas, verdaderas causas de los desajustes bancarios.
- Con base en la información estadística presentada por el SRI sobre el impuesto a la renta pagado por el sistema bancario, la incidencia impositiva para la Banca ha representado US \$ 18.3 millones en impuesto a la renta, que a mi criterio es una ganancia mínima del Fisco, frente a las distorsiones introducidas en el sistema tributario. El desempeño de la Banca, de mantenerse el ritmo de crecimiento histórico, le habría proporcionado al Estado, mayores recursos para su gestión social, fruto del impuesto a la renta, y los efectos para la economía también habrían mejorado.
- Según información publicada por la Superintendencia de Bancos, las instituciones del sistema financiero gozan de solvencia patrimonial y alta calificación de riesgo lo cual es una garantía para el buen desenvolvimiento de la economía.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Portal de información de la Entidad

- No está demás insistir en las políticas macroeconómicas sólidas y sostenibles y mecanismos que provean un nivel apropiado de protección sistémica constituyen precondiciones para una eficiente gestión bancaria, que las autoridades de control deben evaluar y administrar.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Fernando; Corona Juan F. y Díaz Amelia, *Economía Pública*, Barcelona-España, Editorial Ariel S.A., 2007
- Asamblea General de la Naciones Unidas, *Resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966*, para la adopción del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*
- Banco Mundial, Memorias.
- Belisario Villegas, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Edic. 9, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009
- Bernanke Blinder, http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubbb-2001s_6033.pdf, Banco Interamericano de Desarrollo, cita a, Perturbaciones Monetarias, p. 4
- Calvo Ortega, Rafael, *Curso de Derecho Financiero I Derecho Tributario (Parte General)*, Madrid, Edic. 4, Civitas Ediciones S.L., 2000
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones – COPCI, RO Suplemento 351, 29 de diciembre de 2010
- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. 1975.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008
- Cordes, *Carta Económica*, noviembre 2012
- Corral, Fabián, *¿Qué es la Constitución?*, Columna Editorial, Diario El Comercio, Quito, 20 de marzo de 2014.
- Escribano, Francisco, *La configuración jurídica del deber de contribuir*, citado por Martul-Otega, Yebra, *Protección constitucional de la sujeción tributaria*, XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario-Cartagena de Indias Octubre 1995, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997
- Falconí, Fándor - Senplades, *Transformación de la Matriz Productiva-Revolución Productiva a través del conocimiento y talento humano*, Folleto Informativo, Quito, Ediecuatorial, 2012
- González, Eusebio comp., *Principios Constitucionales Tributarios...*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa y Universidad de Salamanca, 1993
- James Alexander Mirrlees. *An Exploration in the Theory of Optimum Income taxation*, publicada por The Review of Economic Studies Ltd, abril de 1971

- Kiyotaki, <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-152/moneda-152-04.pdf>, entrevista al profesor Kiyotaki durante su asesoría al Banco Central del Perú, 10 de agosto de 2012, p. 2
- Kiyotaki y Moore, http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubb-2001s_6033.pdf, Banco Interamericano de Desarrollo, cita a, Productividad, p.4
- Ley General de Instituciones Financieras, Codificación publicada en el RO No. 250 del 23 de enero de 2001
- Ley Orgánica de Redistribución de los Ingresos para el Gasto Social, Registro Oficial Suplemento 847 del 10 de diciembre de 2012
- Livacic, Ernesto y Sáez, Sebastián, *Siete temas de coyuntura* No.10. La supervisión bancaria en América Latina en los noventa, Unidad de Estudios Especiales, Secretaría Ejecutiva CEPAL. Santiago de Chile, 2000
- Manking, Gregory; Weinzierl, Matthew y Yagan, Danny, *Optimal Taxation in Theory and Practice*, Junio 2009, Cambridge-Massachusetts, Harvard University, 2009
- Martul-Otega, Perfecto Yebra, *Protección constitucional de la sujeción tributaria*, XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario-Cartagena de Indias Octubre 1995, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997
- Monografías Jurídico Fiscales, *Sujetos Pasivos y Responsables Tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1997.
- Pachano, Abelardo, *Contacto Directo*, entrevista de Ecuavisa, Quito, 25 de octubre de 2012.
- Patón García, Gemma, *La interpretación del principio de igualdad tributaria según el Tribunal Constitucional Español*, Trabajo investigativo en proceso, Universidad de Castilla-La Mancha, Centro Interamericano de Estudios Fiscales, 2010
- Plazas Vega, Mauricio, *Impuesto sobre el valor añadido*, Editorial Temis S. A. Santa Fé de Bogotá, Colombia 1998
- Ponce, Juan; Enríquez Bermeo, Francisco; Molyneux, Maxine y Thomson, Marilyn, *Hacia una reforma del bono de desarrollo humano: algunas reflexiones*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2011-2012.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Plan Nacional de Desarrollo. (2009-2013)
- Simón Acosta, Eugenio, *Principios Constitucionales Tributarios. Principio de Legalidad o Reserva de Ley Tributaria*, comp. González García, Eusebio, *Principios Constitucionales Tributarios, El principio de seguridad jurídica y la codificación*

tributaria, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1993

Spurrier, Walter, Columna Editorial del Diario El Universo, 1 y 8 de junio de 2014

Stiglitz Joseph, *La economía del sector público*, Columbia University, Traducción de María Ester Rabasco y Luis Toharía, Universidad de Alcalá, Antoni Bosch editor, 2000.

Stiglitz Joseph, *New perspectives on public finance: recent achievements and future challenges*, *Journal of Public Economics*, New York, Columbia University, 2002

Superintendencia de Bancos y Seguro, www.sbs.gob.ec

Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, www.seps.gob.ec

Zabala Egas, Jorge y Zabala Luque, Jorge, *Demanda de inconstitucionalidad de la Ley*, Quito, 18 de abril de 2013

Zornoza Pérez, Juan Coordinador, *Finanzas Públicas y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004