

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

Responsabilidad del Estado en el direccionamiento del crédito en las instituciones financieras privadas por la emisión de resoluciones emitidas por el órgano de regulación y control

Gabriela Alexandra Ycaza Pesantes

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Gabriela Alexandra Ycaza Pesantes, autora de la tesis intitulada “Responsabilidad del estado en el direccionamiento del crédito en las instituciones financieras privadas por la emisión de resoluciones emitidas por el órgano de regulación y control”, 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 la obtención del título de Magíster en Derecho 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 lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en Internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier declaración de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 5 junio del 2019

Gabriela Alexandra Ycaza Pesantes

Resumen

Este texto indaga sobre el direccionamiento del crédito en las instituciones financieras privadas, que obliga a las entidades bancarias del sector privado a otorgar créditos para acceso a vivienda bajo unas condiciones difíciles en un mercado en contracción, por un lado, y de pocos sujetos de créditos debido a la situación socioeconómica que coloca a la mayoría de la población económicamente activa como no sujetos de crédito.

Se busca analizar si las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera sobre la orientación del crédito, emitidas en el contexto de una economía social y solidaria, sobre el direccionamiento del crédito inciden injustificadamente en el ejercicio del derecho de libertad de empresa en las instituciones financieras privadas, y de ser así, la responsabilidad que tendría el Estado por la emisión de las resoluciones que afectan el ejercicio de este derecho consagrado en la Constitución.

El método que se utilizó para la realización del presente trabajo es el dogmático con un enfoque cualitativo.

Palabras clave: banca, empresa, libertad de empresa,

Dedicatoria

A mis padres, Walter y Ada, los mejores ejemplos a seguir.

A mi esposo, Andrés, por su tiempo cedido para la realización del presente trabajo.

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sus directivos, docentes y en especial a la Dra. Eddy De la Guerra, por su apoyo y total apertura que hizo posible la culminación de mis estudios.

Mi eterna gratitud a la Dra. María Elena Jara, por sus valiosos comentarios, tiempo, paciencia y guía en la realización del presente trabajo.

Tabla de contenido

Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis	3
Resumen	5
Introducción.....	13
Capítulo uno	15
La libertad de empresa en el contexto de una economía social y solidaria.....	15
1. Constitución económica y Estado social	15
1.1 De una economía social de mercado a una economía social y solidaria en Ecuador.....	18
1.2 Necesidad de intervención del Estado en la economía a través de regulación y planificación y el vínculo de estas nociones con las normas que disponen el direccionamiento del crédito	22
2. Libertad de empresa: nociones generales	29
2.1 Dimensión subjetiva	33
2.2 Dimensión objetiva.....	35
2.3 Contenido esencial de la libertad de empresa.....	36
2.4 Limitación al derecho de libertad de empresa	42
Capítulo dos.....	47
Orientación del crédito en las instituciones financieras privadas.....	47
1. Naturaleza del servicio bancario.....	47
1.1 Servicio público.....	48
1.2 Orden público	50
1.3 Interés público	51

2. El derecho a una vivienda digna y resoluciones del sector bancario en la regulación del crédito orientado al financiamiento de la vivienda.....	53
2.1 Derecho a la vivienda	54
2.2 Los riesgos de las operaciones bancarias	63
3. Revisión de la limitación del derecho de libertad de empresa en relación a las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en la orientación del crédito	66
3.1 Principio de proporcionalidad	66
3.2 Criterio de razonabilidad e idoneidad.....	69
3.3 Principio de necesidad	70
4. Responsabilidad del Estado por la expedición de normas de direccionamiento del crédito	71
4.1 Responsabilidad del Estado por hechos del legislador	73
5. Exención de responsabilidad del Estado indicada en el Código Orgánico Monetario y Financiero	78
5.1 Vías de reclamación.....	80
Conclusiones.....	83
Bibliografía.....	87
Anexos.....	93

Introducción

Entre las novedades de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 está la de conceptualizar, en el primer inciso del artículo 308, la actividad financiera como un servicio de orden público¹. Con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero², en septiembre del 2014, el Estado a través de la creación de un nuevo organismo responsable de la formulación de las políticas públicas y la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores, al cual denominó Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, otorgó entre otras: la facultad de formular, dirigir y regular las políticas crediticias y financieras; establecer directrices de política de crédito e inversión y, en general, establecer directrices sobre activos, pasivos y operaciones contingentes de las entidades del sistema financiero, además de tener la facultad de regular la orientación del crédito del sector financiero privado y que este sea dirigido a los sectores y segmentos que el Estado considere. Por otro lado, la libertad de empresa se encuentra consagrada en el numeral 15 del artículo 66 de la Constitución, al reconocer y garantizar a las personas el derecho a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Es por esto que el presente trabajo de investigación en su primer capítulo aborda la intervención del Estado en la economía a través de la planificación y regulación, además se revisa las nociones generales de la libertad de empresa en el contexto de una economía social y solidaria.

En el segundo capítulo, se hace un análisis sobre la naturaleza del servicio bancario, se revisa además las resoluciones expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera referentes a la orientación del crédito revisando si constituyen una limitación no justificada al derecho de libertad de empresa según los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, y, de ser así, la responsabilidad que tendría el Estado en caso de causar perjuicio.

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 308.

² Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

Capítulo uno

La libertad de empresa en el contexto de una economía social y solidaria

1. Constitución económica y Estado social

Las funciones del Estado hasta el siglo XIX eran las de mantener el orden interno, garantizar la seguridad externa, organizar ciertos servicios públicos y hacerse cargo de algunos servicios en los que la iniciativa privada no tenía interés por no ser lucrativos.³ Es por esto que las constituciones de Latinoamérica pertenecientes a tal época generalmente no incluían normas de carácter económico, ya que se entendía que el sistema económico se sostenía por sí mismo y no requería de la intervención del Estado.⁴

Con la expedición de la Constitución de Querétano de 1917, y la Constitución de Weimar de 1919, los Estados en sus constituciones comenzaron a consagrar normas relativas al funcionamiento del sistema económico y a derechos económicos y sociales,⁵ surgió así la expresión *constitución económica* para describir el:

Conjunto de principios y normas de orden constitucional que determinaban el sistema económico del Estado, el régimen de propiedad de los bienes de producción, las funciones y límites del mismo Estado en su intervención en la economía y las herramientas asignadas a aquel para garantizar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos a todos los ciudadanos por tales constituciones⁶.

En palabras del profesor Agustín Grijalva, el concepto de constitución económica “alude al sistema de normas jurídicas que, al integrar una Constitución, hacen directa relación a temas económicos”;⁷ indica el mencionado profesor que esta expresión no se refiere a una constitución separada, sino que constituye un recurso para

³ Julio César Trujillo Vásquez, “La Constitución económica, más allá del neoliberalismo”, Foro, Revista de Derecho, n. ° 7 (2007), 8.

⁴ Víctor Granda Aguilar, “Contenido económico de las constituciones de Bolivia y Ecuador” (Quito: Ediciones Legales / Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 11.

⁵ María Elena Jara Vásquez, “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo”, en Estado, Derecho y Economía, n. ° 33 (2013), 217.

⁶ Gabriel Santiago Galán Melo, “Ecuador: prolegómeno a la constitución económica, el derecho a la propiedad en todas sus formas en la Constitución de 2008. Constitución Económica en Latinoamérica: breves ensayos sobre el derecho a la propiedad y a la iniciativa privada” (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 110.

⁷ Agustín Grijalva, “La Constitución económica del Ecuador”, en Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez (eds.), *Estado, derecho y economía* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013). 77.

analizar, identificar y estudiar las normas constitucionales de relevancia económica y relacionarlas con el conjunto de la Constitución,⁸ convirtiéndose la economía en un tema de derecho constitucional y surgiendo así el derecho económico.

Las normas de la constitución económica pueden ser muy diversas, desde las más generales que describen valores y principios hasta ser más concretas. En todo caso, ya sea en mayor o menor grado, como indica el profesor Grijalva, la tarea de la constitución económica es realizar “una labor normativa y política de unificación, orientación y limitación”.⁹

Hoy en día no cabe duda de que el Estado no podría ser concebido sin el sistema económico, y este debe constar necesariamente en la Constitución, con el fin de poder ubicar la inclinación constitucional del sistema económico a uno de los dos modelos económicos que existen: el modelo de libre mercado y el modelo de intervención pública, teniendo en consideración que no existe un modelo puro al cual inclinarse.¹⁰

Fue en la Constitución de 1929 que en Ecuador aparecieron, sin mencionarlos expresamente, los derechos sociales y económicos.¹¹ Así por ejemplo, en esta Constitución es que a la mujer se la considera ciudadana (mayor de edad y con alfabetización igual que el hombre), aparecen la intangibilidad de los derechos y el derecho al *habeas corpus*, se reconocen los derechos a la tierra y al agua, la libertad de asociación o agremiación y a ejercer profesiones, se protege el matrimonio, la familia y el haber familiar, el trabajo y su libertad.¹² En cuanto a las restricciones al derecho a la propiedad, se indica que deben ser dadas según las necesidades y el progreso sociales, a diferencia de las anteriores constituciones, que habían garantizado el derecho a la propiedad sin más restricción que una declaratoria de utilidad pública.¹³ A este periodo, comprendido desde la Constitución de 1929 hasta la de 1967, el profesor Ramiro Ávila Santamaría lo ha denominado como constitucionalismo social en Ecuador, ya que el Estado asume un rol más activo en la economía.¹⁴ De esta manera, la intervención del Estado en la economía comienza a tener protagonismo hasta ser parte de aquella.

⁸ *Ibíd.*, 78-9.

⁹ *Ibíd.*, 78.

¹⁰ Galán, “Ecuador: prolegómeno a la Constitución económica, el derecho a la propiedad en todas sus formas en la Constitución de 2008”, 113.

¹¹ Grijalva, “La Constitución económica del Ecuador”, 80.

¹² Ramiro Ávila Santamaría, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano, Historia Constitucional. Estudios comparativos” (ponencia en Congreso Ecuatoriano de Historia, Montecristi, 2012), 269-71.

¹³ Enrique Ayala Mora, *Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador. Historia Constitucional. Estudios comparativos* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 50.

¹⁴ Ávila, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”, 268.

A partir de la Constitución de 1929 varios fueron los cambios económicos y sociales que vivió el país, como la creación del Banco Central, la Superintendencia de Bancos y la de Compañías, la Contraloría General del Estado, la Corporación Financiera, la Dirección Nacional de Aduanas, el Banco de la Vivienda, el Banco Nacional de Fomento, entre otras instituciones claves para el desarrollo, participación e intervención del Estado en la economía, así como la expedición de una amplia legislación laboral que protege al trabajador.¹⁵

Cabe indicar que, pese a la intervención del Estado en la economía, la referencia expresa de Estado social no se dio en las constituciones ecuatorianas sino hasta la de 1978, posteriormente codificada en el año 1998.¹⁶

Sobre el Estado social, García Pelayo indica que

el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso al estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos.¹⁷

Es decir, y como lo explica el maestro Julio César Trujillo, el desarrollo económico de un Estado social tiende a la búsqueda de una igualdad, por lo que impone al Estado la generación de condiciones necesarias para que todos los habitantes puedan acceder a los bienes y servicios y a una vida digna,¹⁸ es decir, está orientado a la búsqueda de la justicia social¹⁹.

Es así que una de las principales características del Estado social es precisamente incluir en la Constitución una regulación del proceso económico, lo que implica que se impone una intervención y regulación del Estado en la economía,²⁰ dejando de ser tan solo una Constitución política, estableciendo en ella los principios rectores del sistema económico²¹, constituyéndose de esta manera en un mecanismo que permite al Estado

¹⁵ Grijalva, “La Constitución económica del Ecuador”, 81.

¹⁶ María Elena Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado”, en *Estado, Derecho y Economía* (2013), 205.

¹⁷ Ramón Eduardo Madriñán Rivera, *El Estado social de derecho* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001), 55.

¹⁸ Julio César Trujillo, “Modelos económicos e instituciones políticas”, en Pontificia Universidad Católica del Ecuador, *Ensayos. Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso* (Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1995), 125.

¹⁹ Jara, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado”, 205.

²⁰ Madriñán, *El Estado social de derecho*, 58-9.

²¹ Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social* (Madrid: McGraw-Hill, 1995), 6-7.

lograr sus fines y objetivos. Por lo tanto, el Estado social procura generar condiciones para la vigencia de una mayor igualdad social y busca proteger así a los sectores menos privilegiados.

Otra de las características del Estado social es la procura del mínimo existencial digno, dotando al Estado de una función asistencial para que procure una existencia humana digna a través de gestionar prestaciones, servicios y asistencias.²²

1.1 De una economía social de mercado a una economía social y solidaria en Ecuador

El artículo 244 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 sostenía que el sistema económico era el de una economía social de mercado. No obstante, muchos de los postulados económicos recogidos en la Constitución ya se venían aplicando en el gobierno de Sixto Durán Ballén²³, con la expedición de normativa orientada a la privatización de lo público y la modernización del Estado. Cabe recalcar que en este gobierno se expidió la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero²⁴, la cual estuvo vigente hasta septiembre de 2014, fecha en que fue derogada por el Código Orgánico Monetario y Financiero.

En este punto, hay que preguntar qué se entiende como sistema económico, al respecto Jorge Witker indica: “El sistema económico es el conjunto de estructuras, relaciones e instituciones complejas que resuelven la contradicción presente en las sociedades humanas ante las ilimitadas necesidades individuales y colectivas, y los limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas”.²⁵ Por su parte, el profesor Víctor Granda hace una diferenciación entre modelo económico y sistema económico, e indica que modelo económico es una forma simple de describir una política o doctrina que es adoptada dentro de un sistema económico, por ejemplo, modelo liberal, modelo neoliberal; y sistema económico significa una

estructura compleja de diferentes formas o modos de producción, relaciones de producción, en las que una de ellas es la dominante y subordina a las otras a su racionalidad. Así nos referimos, al ‘sistema feudal’, ‘sistema capitalista’, ‘sistema socialista’, etc., que equivaldrían, en realidad, a lo que se denomina también una “formación económico social.”²⁶

²² Madriñán, *El Estado social de derecho*, 55-8.

²³ Granda, *Contenido económico de las constituciones de Bolivia y Ecuador*, 46.

²⁴ Ecuador, *Ley General de Instituciones del Sistema Financiero*, Registro Oficial 439, Suplemento, 12 de mayo de 1994. *Derogada por el Código Orgánico Monetario y Financiero*.

²⁵ Jorge Witker Velásquez, *Derecho económico* (México, D.F.: UNAM, 1985), 24.

²⁶ Granda, *Contenido económico de las constituciones de Bolivia y Ecuador*, 42.

En el sistema económico social de mercado, el mercado es considerado como el principal asignador de recursos, se reconoce la libre iniciativa privada y el funcionamiento de las reglas del mercado, sin embargo, el Estado debe intervenir en forma subsidiaria como un agente más, para corregir los desequilibrios producidos por el mercado, coadyuvando a lo que realiza la empresa privada o actuando cuando ella no lo hace, para lograr así las metas sociales.²⁷

Una de las características de la economía social de mercado es el protagonismo del Estado para garantizar la competencia, asegurar el mercado cuando no existe o es defectuoso y proporcionar en cualquier caso a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar.²⁸ Es por esto que la profesora María Elena Jara indica que, al ser la defensa de la competencia, junto con la seguridad social, la columna vertebral de este sistema económico, en el Ecuador no logró implementarse realmente.²⁹

En el Art. 283 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 se indica que el sistema económico es el social y solidario. Este cambio de orientación en el sistema económico la profesora María Elena Jara³⁰ lo resume en: i) énfasis en la participación de los actores del segmento de la economía, como un mecanismo de democratización de la economía; ii) impulso al papel del estado en diversos ámbitos de actuación económica; iii) acento en aspectos redistributivos y en la búsqueda de la equidad; y iv) redefinición de la noción de desarrollo, incluyendo dimensiones de carácter ecológico y cultural.

Por su parte, los profesores Julio César Trujillo y Agustín Grijalva³¹ indican que en la economía social y solidaria el mercado pierde el protagonismo y se convierte en una forma más de organización de la producción junto con las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas, aseguran que más que la proclamación de los derechos como objetivos de la economía lo que diferencia a la economía social del mercado son los

²⁷ Jara, "Constitución económica ecuatoriana y desarrollo", 29.

²⁸ Juan de la Cruz Ferrer, *Apuntes de derecho público económico. La intervención pública en la economía y en la empresa* (Madrid: Dykinson, 1992), 79.

²⁹ Jara, "Constitución económica ecuatoriana y desarrollo", 30.

³⁰ Jara, "Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado", 206-7.

³¹ Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, "El fundamento constitucional de la nueva economía", *La Tendencia* (2010): 89.

medios que se constitucionalizan para efectivizarlos. El ser humano es así sujeto y fin, mira al ser humano en equilibrio con el mercado y no al mercado en sí mismo.³²

Granda, en contexto con el Art. 283 de la Constitución vigente, resume e indica que el sistema económico social y solidario:

Integra a las diferentes formas de organización económica que existen en el país y persigue “reconocer al ser humano como sujeto y fin” y establecer una relación “dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza”, para “garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”³³.

El numeral 15 del Art. 66 de la Constitución, en relación con los derechos de libertad, menciona que se reconoce y garantiza a las personas “el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”. El principio de solidaridad no es nuevo, ya se encontraba en el Art. 242 de la Constitución de 1998, al indicar que “la organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios y a la propiedad de los medios de producción”.³⁴

Sin embargo, es con la Constitución actual que este principio de solidaridad ha tomado reelevancia, por lo que, al igual que otras normas, las directrices del Sistema Financiero Nacional son motivadas por este principio, redistribución de la riqueza y equidad basado en el régimen del buen vivir³⁵.

En este punto es preciso hacer referencia al buen vivir o *sumak kawsay*, que de acuerdo al Art. 283 de la Constitución constituye el objetivo y fin del régimen de sistema económico social y solidario del país.

Galán Melo indica que *sumak* significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización, y *kawsay* significa la vida, por lo que juntos hacen relación a una vida buena³⁶. Menciona además que:

³² Eddy de la Guerra Zúñiga, “El fundamento constitucional de los principios que atañen a la Ley de Economía Popular y Solidaria”, *Derecho Económico Contemporáneo*, n.º 39 (2017): 335.

³³ Granda, *Contenido económico de las constituciones de Bolivia y Ecuador*, 47.

³⁴ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

³⁵ De la Guerra, “El fundamento constitucional de los principios que atañen a la Ley de Economía Popular y Solidaria”, 328.

³⁶ Galán, *Ecuador: prolegómeno a la constitución económica, el derecho a la propiedad en todas sus formas en la Constitución de 2008*, 130.

La proyección constitucional del *sumak kawsay* es en definitiva la de garantizar a los individuos, colectivos y pueblos en Ecuador una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, y tal vinculación equilibrada y armónica entre el ser humano, el prójimo y la naturaleza es la que alimenta los lineamientos constitucionales del modelo económico social y solidario en la constitución ecuatoriana y asigna un rol de intervención razonable en la economía al Estado³⁷.

Juan Manuel Crespo sobre el buen vivir concluye que: “En definitiva, el Buen vivir se convirtió en un principio articulador de las distintas demandas de los diversos colectivos sociales que exigían un cambio radical en las relaciones de poder coloniales y patriarcales, en la economía, en las relaciones interculturales, en la democracia, en el respeto a la naturaleza, es decir en la sostenibilidad del proyecto de desarrollo”³⁸.

En el preámbulo de la Constitución dice que para alcanzar el buen vivir el pueblo soberano del Ecuador decidió construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza.

En el título II de la Constitución se señalan los derechos del buen vivir, los mismos que son el acceso al agua y alimentos, a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la comunicación e información, a la cultura y ciencia, a la educación, a la salud, al trabajo y seguridad social, a un hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica.

En el título VI de la Constitución se halla el régimen de desarrollo, el Art. 275 que se encuentra dentro de este título indica:

El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza³⁹.

En el título VII de la Constitución, denominado “Régimen del Buen Vivir”, se encuentran regulados los derechos del buen vivir enunciados en el título II, entre los

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Juan Manuel Crespo, “Sistematización conceptual del Buen vivir”, en Carlos Larrea (coord.), *en Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa* (Quito: Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, CAN, octubre de 2017), 25.

³⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 275.

cuales se encuentran el habitat y la vivienda, y se reitera en el Art. 375 que el “estado, en todos los niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábital y a la vivienda digna”⁴⁰.

Como se puede observar, los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales están orientados a que se configure el buen vivir, basándose en la planificación y en el goce de derechos y el ejercicio de responsabilidades en el plano personal como colectivo.⁴¹

También lo explica la profesora Eddy de la Guerra: “el régimen del buen vivir se ha constituido en el eje central de la política pública y, por ende, de la económica, que es una manifestación más de su soberanía como Estado; el punto de partida de dicha política guarda evidente relación con el sistema económico, que es, como ya se ha afirmado anteriormente, social y solidario”.⁴²

Por lo que se concluye que para concretar el buen vivir es necesario que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen de sus derechos, para lograr esto el sistema económico debe promover la solidaridad y una redistribución de la riqueza y de la economía a través de la planificación.

1.2 Necesidad de intervención del Estado en la economía a través de regulación y planificación y el vínculo de estas nociones con las normas que disponen el direccionamiento del crédito

Como indica el profesor José Vicente Troya, lo jurídico y lo económico han estado entrelazados desde tiempos inmemoriales⁴³. Sin embargo, es partir de la primera guerra mundial que surge una nueva disciplina denominada “derecho económico”, para regular principalmente la intervención y participación del Estado en el campo económico, esta intervención se volvió permanente y se institucionalizó, consolidándose así el derecho económico.⁴⁴

La intervención del Estado en la economía, según explica Jorge Witker, surge “como el instrumento temporal por el cual el poder público penetra al sistema

⁴⁰ *Ibíd.*, art. 375.

⁴¹ Fernando Ponce León, “Aportes del Buen Vivir a la teorización sobre la sociedad justa”, *Estado & comunas*, n. ° 2 (2016): 80.

⁴² De la Guerra, “El fundamento constitucional de los principios que atañen a la Ley de Economía Popular y Solidaria”, 328.

⁴³ José Vicente Troya Jaramillo, “Naturaleza del derecho económico”, *Estudios de Derecho Económico* (1998): 10.

⁴⁴ *Ibíd.*, 11.

económico, para corregir las contradicciones y crisis internas del sistema económico liberal”⁴⁵. Es así que las normas jurídicas tuvieron que adecuarse y responder a los cambios políticos, sociales y económicos existentes. En este aspecto, coincide con el profesor Víctor Granda cuando asegura que el contenido económico de las constituciones se encuentra relacionado con los procesos de transformación económica y política del país, relacionados con los cambios económicos mundiales y los intereses de los grupos de poder.⁴⁶

Sin embargo, se considera que hoy no es necesario preguntarse si es procedente o no la intervención del Estado en la economía, sino en qué medida y cuáles serían los límites que deben considerarse para que no se afecten los derechos de sus administrados, siendo uno de los desafíos más importantes que tiene el derecho económico el equilibrar esta intervención económica y los principios de la libre empresa o libertad económica⁴⁷.

En cuanto a la planificación, es a partir de la Constitución de 1945 cuando se introduce en el texto constitucional la planificación como un instrumento de asignación de recursos públicos nacionales.⁴⁸ La planificación económica es una de las formas tradicionales de intervención del Estado en la economía, ya que desconfía del mercado para que asigne recursos en forma equitativa, eficiente y justa.⁴⁹

Gaspar Ariño indica que para el Estado existen dos formas de planificación económica, la tradicional o central y la de orientación al sector privado.⁵⁰ En la planificación tradicional se toman decisiones económicas en forma central, tras la revisión de las necesidades que se deben satisfacer, se basa en que “el Estado encarna el bien, la justicia y la idea de moral, frente al individuo, que es insolidario, egoísta y busca su propio interés”,⁵¹ por este plan económico se organiza y dirige de forma absoluta todas las situaciones económicas y sociales del estado.⁵² Por otro lado, en el nuevo sistema de planificación se pretende orientar las actividades privadas hacia sectores donde se configuren circunstancias especiales, debiendo “utilizar instrumentos

⁴⁵ Witker, *Derecho económico*, 29.

⁴⁶ Granda, *Contenido económico de las constituciones de Bolivia y Ecuador*, 12.

⁴⁷ Jaime Vintimilla Saldaña, “La constitución económica del Ecuador”, *Iuris Dictio: Revista de Derecho* (2015): 130.

⁴⁸ Granda, *Contenido económico de las constituciones de Bolivia y Ecuador*, 52.

⁴⁹ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado. Gestión pública, regulación económica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 367.

⁵⁰ *Ibíd.*, 372.

⁵¹ *Ibíd.*, 367.

⁵² *Ibíd.*, 368.

compatibles con el mercado y la iniciativa privada; respetando la libertad de empresas”.⁵³

El Ecuador en mayor medida sigue la planificación económica tradicional o central, al ser el Estado, quien la realiza por el Sistema Nacional de Planificación, constituyendo el Banco Central del Ecuador, en el asignador de los recursos a todas las entidades públicas, de conformidad con el Art. 299 de la Constitución, los incisos primero y segundo del Art. 40 del *Código Orgánico Monetario y Financiero* y el artículo 163 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.⁵⁴

Sin embargo, también ha optado por el segundo modelo de planificación al orientar la planificación en ciertos sectores que tienen relación con el interés público, por ejemplo, en la prestación de ciertas áreas relevantes para la economía nacional. Un ejemplo de este modelo de planificación es el Art. 209 del *Código Orgánico Monetario y Financiero*, que en su primer inciso indica: “La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrá regular mediante normas la orientación y direccionamiento de las operaciones de crédito de las entidades del sistema financiero nacional y de las entidades no financieras que concedan créditos por sobre los límites establecidos por la Junta”.⁵⁵

El numeral 5 del Art. 3 de la Constitución menciona que uno de los deberes primordiales del Estado es: “Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.⁵⁶ Por su parte, el Art. 85 de la Constitución dispone que la planificación es una garantía de los derechos, ya que indica que cuando por los efectos de la aplicación de las políticas públicas un derecho constitucional, sea vulnerado o se vea amenazado, la política pública debe ser reformulada. Adicionalmente, el segundo inciso del Art. 275 de la Constitución menciona: “El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente”.⁵⁷

⁵³ *Ibíd.*, 372-3.

⁵⁴ Excepto al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS.

⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 3, num. 5.

⁵⁷ *Ibíd.*, Art. 275.

El Art. 277 de la Constitución indica que para alcanzar el buen vivir, son deberes del Estado: “dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo”, e “impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley”. Sin embargo, de conformidad con el Art. 278 de la Constitución, para lograr el buen vivir no solo es responsabilidad del Estado la planificación, sino que también las personas y colectividades tienen la obligación de participar en la gestión pública y en la planificación del desarrollo nacional y local, así como en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo del país en todos sus niveles.

En virtud de este deber de planificación, el Estado logra uno de los objetivos del régimen de desarrollo, que es: “construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable”, indicado en el Art. 276 de la Constitución.

Como parte de los objetivos del régimen de desarrollo de la Constitución se encuentra la soberanía económica, la cual busca reconocer al ser humano como sujeto, y fin, por medio de una distribución adecuada del ingreso y de la riqueza. Una de las formas para lograrlo es a través de la política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera, que tiene los siguientes objetivos, que se encuentran indicados en el Art. 302 de la Constitución:

1. Suministrar los medios de pago necesarios para que el sistema económico opere con eficiencia.
2. Establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera.
3. Orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país.
4. Promover niveles y relaciones entre las tasas de interés pasivas y activas que estimulen el ahorro nacional y el financiamiento de las actividades productivas, con el propósito de mantener la estabilidad de precios y los equilibrios monetarios en la balanza de pagos, de acuerdo al objetivo de estabilidad económica definido en la Constitución⁵⁸.

Dentro de esta política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera que tiene el Estado, se encuentra incluido el sistema financiero:

⁵⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Art. 302.

Art. 308.- Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable.

El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura.

La regulación y el control del sector financiero privado no trasladarán la responsabilidad de la solvencia bancaria ni supondrán garantía alguna del Estado. Las administradoras y administradores de las instituciones financieras y quienes controlen su capital serán responsables de su solvencia. Se prohíbe el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas o privadas⁵⁹.

Como se puede advertir, una de las finalidades de la actividad financiera es atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Para esto es necesario saber cuáles son estos objetivos de desarrollo, en los cuales el sistema financiero de los sectores público, privado, y del popular y solidario deben participar obligatoriamente para la obtención de los resultados que requiere el país.

El Plan Nacional de Desarrollo, es el instrumento por el cual se recogen todos los objetivos y deberes del Estado para que con la expedición de sus políticas, programas y proyectos se pueda en conjunto lograr el buen vivir de los ciudadanos. (Art. 280 de la Constitución)

El Estado ha realizado cuatro planes nacionales de desarrollo: el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, en el gobierno del presidente Rafael Correa Delgado, y el actual Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, Toda una Vida, en el gobierno actual del presidente Lenín Moreno Garcés.⁶⁰

En el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017⁶¹ se plantearon doce objetivos, el número tres se refiere a “mejorar la calidad de vida de la población”, para lograr esto, como uno de los puntos se planteó el acceso a una vivienda adecuada, segura y digna, para lo cual se “elaborará, implementará y evaluará políticas, planes y programas de hábitat y de acceso universal a la vivienda, a partir de los principios de

⁵⁹ *Ibíd.*, 308.

⁶⁰ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “Plan Nacional de Desarrollo, Toda una Vida”, accedido 27 de marzo de 2018, párr.12, <http://www.planificacion.gob.ec/>.

⁶¹ Se toma este plan porque en este período se expidió el *Código Orgánico Monetario y Financiero*.

universalidad, equidad e interculturalidad, con enfoque en la gestión de riesgos”⁶², de conformidad con el artículo 375 de la Constitución. La oferta de vivienda social debe garantizar la habitabilidad, la accesibilidad, permanencia, seguridad integral y acceso a servicios básicos.⁶³

El objetivo número 8 de este Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 se refiere a “consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible”.⁶⁴ Aquí se menciona al sistema financiero como partícipe y se indica que “es imprescindible la canalización del ahorro interno hacia la transformación de la matriz productiva, a través de un sistema financiero sólido y orientado al desarrollo, que garantice el acceso y la inclusión a los servicios públicos”.⁶⁵

8.2. Consolidar el papel del Estado como dinamizador de la producción y regulador del mercado.

d) Promover la canalización del ahorro hacia la inversión productiva con enfoque territorial e incentivar la colocación de crédito para la producción nacional de bienes y servicios.

f) Asegurar la desvinculación directa e indirecta del sector financiero de otros sectores de la economía⁶⁶.

Bajo los lineamientos de este Plan nacional de desarrollo se expidió en septiembre del 2014 el *Código Orgánico Monetario y Financiero*. El Art. 209 del mencionado Código hace mención a la orientación de las operaciones de crédito:

Artículo 209.- Orientación de las operaciones de crédito. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrá regular mediante normas la orientación y direccionamiento de las operaciones de crédito de las entidades del sistema financiero nacional y de las entidades no financieras que concedan créditos por sobre los límites establecidos por la Junta. Al efecto, considerará, entre otros, los segmentos, tasas de interés, garantías y límites de crédito. En ningún caso la Junta podrá intervenir en la definición de la persona natural o jurídica receptora de las operaciones de crédito.

Para este propósito, la Junta considerará el calce de plazos entre los activos y pasivos de las entidades reguladas.

La Junta podrá establecer incentivos para la implementación de esta disposición⁶⁷.

En cuanto al Plan nacional de desarrollo actual, se ha construido como intervención emblemática el Plan Toda una Vida, este plan se conforma de tres ejes.

⁶² Ecuador, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*, Registro Oficial 78, Suplemento, 11 de septiembre de 2013.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

El primer eje, denominado “Derechos para todos durante toda la vida”, se incluye el programa denominado “Casa para Todos,” que tiene como política el “garantizar el acceso a una vivienda adecuada y digna, con pertinencia cultural y a un entorno seguro, que incluya la provisión y calidad de los bienes y servicios públicos vinculados al hábitat: suelo, energía, movilidad, transporte, agua y saneamiento, calidad ambiental, espacio público seguro y recreación”, con este plan se pretende al 2021 incrementar de 53% a 95% el número de hogares con vivienda propia y digna que se encuentran en situación de extrema pobreza.⁶⁸

En el segundo eje del plan actual, denominado “Economía al servicio de la sociedad”, en lo que respecta al sector productivo, menciona: “paralelamente, se pretende canalizar los recursos hacia el sector productivo, con la promoción de fuentes alternativas de financiamiento e inversión a largo plazo, mientras se articula la banca pública con el sistema financiero privado, y popular y solidario”.⁶⁹ Y se establece como una de las políticas del Plan: “canalizar los recursos económicos hacia el sector productivo, promoviendo fuentes alternativas de financiamiento y la inversión a largo plazo, con articulación entre la banca pública, el sector financiero privado y el sector financiero popular y solidario”.⁷⁰

Como metas plantadas al año 2021 se encuentran: 1) Aumentar el *ratio* del monto total de operaciones activas en los segmentos de crédito comercial y productivo del sector financiero nacional con respecto del Producto Interno Bruto (de 12.1% a 15.2%, 2); aumentar el ratio de monto total de operaciones activas en el segmento de vivienda de interés público en relación al monto total de operaciones activas destinadas a vivienda del 12.6% al 20%.⁷¹

Como se puede observar, el Estado interviene en la economía y en la redistribución de la riqueza a través políticas públicas que permitan cumplir con las metas y objetivos de la planificación nacional. El sector financiero no es ajeno a esta intervención dado su carácter de orden público constitucionalmente reconocido (art. 308). Este carácter, debe coayudar al desarrollo del país, aun más dentro de una economía social, siendo la intervención estatal en el sistema financiero necesaria para

⁶⁸ Consejo Nacional de Planificación, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, Toda una Vida*, (Quito: CNP, 2018), 58.

⁶⁹ *Ibíd.*, 78.

⁷⁰ *Ibíd.*, 79.

⁷¹ *Ibíd.*

lograr una adecuada distribución de la riqueza,⁷² toda vez que el sector financiero-bancario juega un rol importante en la captación y gestión de recursos, con el otorgamiento de créditos a los particulares, contribuyendo así con la finalidad social del Estado.⁷³

Es por esto que las normas que sobre la orientación del crédito se expidan dirigidas al sector financiero privado, se las debe hacer en base a la planificación y objetivos y fines que tenga el estado para promover así el acceso al crédito, sin embargo, al dictar estas normas también se debe considerar los derechos del empresario, como veremos más adelante.

2. Libertad de empresa: nociones generales

En el contenido de la Constitución ecuatoriana, entre los derechos de libertad se encuentra reconocido el derecho indicado, en el numeral 15 del Art. 66, por el cual se reconoce y garantiza a las personas “desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.⁷⁴

Este numeral no se refiere expresamente el término libertad de empresa, como sí lo indicaba el numeral 16 del Art. 23 de la Constitución de 1998 al mencionar que el Estado reconocerá y garantizará a las personas la “libertad de empresas, con sujeción a la ley”.⁷⁵

A la libertad de empresa se la considera como la expresión moderna de la libertad económica y engloba a la libertad de contratos, libertad de transacciones económicas, libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de esta⁷⁶. Este derecho se afianza en otros derechos constitucionales, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 66, num 5), derecho de asociación (Art. 66, num. 13), derecho a la libertad de contratación (Art. 66, num 16), derecho a la libertad de trabajo

⁷² Jhoel Escudero Soliz, *Crisis bancaria, impunidad y verdad* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 14.

⁷³ *Ibíd.*, 251.

⁷⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁷⁵ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998. art. 23, num. 16.

⁷⁶ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios constitucionales de la libertad de empresa* (Madrid: Ediciones Jurídicas, 1995), 258.

(Art. 66, num 17), derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental (Art. 66, num 26).⁷⁷

Al estar comprendidos estos derechos dentro de los derechos de libertad, es oportuno revisar qué significa esta libertad. Así, el Art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano indica que: “Libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”, por lo que bien indica Antonio Cidoncha al mencionar que la libertad de empresa es un derecho de libertad, ya que su configuración corresponde a sus titulares, debiendo los poderes públicos de abstenerse de interrumpir y no transgredir su ejercicio.⁷⁸

Prieto Sanchís, sobre los derechos de libertad menciona que son “aquellos que tratan de garantizar el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos”.⁷⁹ Es por esto que el derecho de libertad de empresa es un derecho de libertad que comprende el libre desarrollo de la personalidad, entendiéndose como la posibilidad de actuar en el ámbito económico y que su ejercicio necesita de los poderes públicos una obligación de respeto y no transgresión.

Al mencionar que el derecho constitucional garantizado es el de desarrollar actividades económicas, surge la interrogante de si es solo para actividades en las cuales se persigue lucro, en este punto la Corte Constitucional colombiana, citando a Bassols Coma⁸⁰, ha indicado que:

La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”.⁸¹

⁷⁷ Jara, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado”, 208-9.

⁷⁸ Antonio Cidoncha, *La libertad de empresa* (Navarra: Aranzadi, 2006), 206.

⁷⁹ Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid: Debate, 1990), 126.

⁸⁰ Martín Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, 2.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1988), 137.

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de 6 de abril del 2011 (acción pública de inconstitucionalidad)”, *Caso Andrés Julián Estrada Otálvaro vs parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, causa C-263/11*, p. 16-7, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>.

Sin embargo, Aragón considera que no es necesario la búsqueda del lucro como requisito para emprender una empresa, ya que esta libertad se extiende a cualquier tipo de actividad económica organizada, ya sea desde el comerciante individual o cualquier forma de asociación por la cual se realice actividad económica en el mercado, es por esto que el ánimo de lucro no debe ser un factor determinante para ser considerado empresa o empresario,⁸² más aún en el contexto de una economía social y solidaria en la cual por el artículo 319 de la Constitución “se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas”.⁸³

Es así que el sujeto activo de la actividad empresarial es el empresario, indistintamente de si sea persona natural o jurídica y busque o no un lucro, pero es necesario que esta actividad que realice sea organizada, habitual y esté destinada a la producción de bienes y servicios para el mercado.⁸⁴ El empresario es quien ejerce los derechos y contrae las obligaciones, toma el riesgo al ser responsable de las pérdidas y es partícipe de los beneficios que su actividad empresarial conlleva. Tener esa libertad para emprender sin más limitaciones que el derecho de los demás o la ley hace que se configure el derecho de desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 66, numeral 5, de la Constitución.

El objeto de la actividad empresarial es la empresa como organización y el bien económico donde recae la actividad del empresario. La empresa, se considera un centro de decisiones económicas, una organización de producción de bienes y servicios para el mercado. Esta actividad debe ser continua, no ocasional y además debe estar organizada, de tal forma que permita la consecución del objetivo que es la producción de bienes y servicios para el mercado.⁸⁵

También es importante hacer referencia a si la libertad de empresas se extiende o no a la actividad empresarial del Estado. En este punto se coincide con María Elena Jara, quien indica que este derecho fue concebido más bien para proteger a los particulares frente a las actuaciones abusivas del Estado.⁸⁶ La Corte Constitucional

⁸² Aragón, *Libertades económicas y Estado social*, 18-9.

⁸³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 319.

⁸⁴ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 213.

⁸⁵ *Ibíd.*, 215-9.

⁸⁶ Jara, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado”, 210.

colombiana también lo ha concebido así, al señalar como uno de los contenidos del núcleo esencial de la libertad de empresas al derecho a la libre iniciativa privada.⁸⁷

Adicionalmente, cabe preguntarse si la libertad de empresas es un derecho fundamental. Al respecto Ferrajoli da un concepto teórico e indica que:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas.⁸⁸

Indica además que la base es la igualdad jurídica y que esta universalidad no es absoluta, ya que es relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida.⁸⁹

Los derechos fundamentales son inherentes a la persona y tienen un reconocimiento constitucional, dada la importancia del bien jurídico que representa, y que tienen como característica la tutela judicial y el respeto por parte del legislador de su contenido esencial.⁹⁰

Cidoncha afirma que la libertad de empresas es un derecho subjetivo fundamental, ya que es un derecho creado por la Constitución y que preexiste a la intervención del legislador,⁹¹ sin embargo, que un derecho se encuentre reconocido en la Constitución no significa que por esta simple razón sea un derecho fundamental, sino que esta noción se ha construido a partir de las normas que determinan las garantías jurídicas para su efectividad.⁹²

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de 6 de abril del 2011 (acción pública de inconstitucionalidad)”, *Caso Andrés Julián Estrada Otálvaro vs parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, causa C-263/11*, p. 16-7, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>.

⁸⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 7.ª ed. (Madrid: Trotta, 2010), 37.

⁸⁹ *Ibíd.* 38-9.

⁹⁰ Jorge Benavides Ordoñez, *Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales. Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 75.

⁹¹ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 196.

⁹² Magdalena Correa Henao, *La limitación de los derechos fundamentales* (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003), 24-5.

También se ha indicado que los derechos fundamentales son instrumentos de salvaguardia del individuo frente a los poderes públicos, ya que no solo se imponen límites al legislador sino también limitan la actividad administrativa y jurisdiccional.⁹³

Gaspar Ariño, manifiesta que “los derechos fundamentales no solo representan unos límites del poder estatal, sino también su fuente y legitimación. Pero a su vez, la legislación no solo limita los derechos fundamentales, sino que les da forma y los realiza”.⁹⁴

Así, se puede afirmar que la libertad de empresa sí es un derecho fundamental, por la importancia que tiene para el ciudadano la propiedad o la libertad de actuación económica, por lo que no puede negarsele la protección directa frente a la actuación del Estado, ya que la propiedad o la libertad de empresas no ceden frente a otros derechos por razones de utilidad pública, sino que se transforma en un equivalente económico,⁹⁵ el bien jurídico protegido es así la iniciativa económica privada,⁹⁶ aun cuando la distinción entre derechos fundamentales y aquellos que carecen de esta calidad parece no tener relevancia en el contexto constitucional actual, considerando que el Art. 11, num. 6 de la Constitución, todos los derechos son de igual jerarquía.

El derecho de libertad de empresa, como los demás derechos de libertad, tiene una doble naturaleza, subjetiva y objetiva, las mismas que se procederá analizar en los párrafos siguientes.

2.1 Dimensión subjetiva

La doctrina destaca la evolución que ha tenido este concepto desde una concepción individualista de la voluntad, donde el individuo era libre de delimitar el contenido y ejercicio de su derecho, a la concepción donde prevalece el interés general y de la colectividad. Es por esto que los derechos subjetivos para ser reconocidos y merecedores de protección por parte del Estado deben contribuir al interés de la colectividad y tener una función social.⁹⁷

Adicionalmente, cuando una norma establece un derecho subjetivo existe una correlación jurídica entre el sujeto titular del derecho y el sujeto pasivo que se encuentra

⁹³ Luis María Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, 4.ª ed. (Pamplona: Aranzadi, 2013), 37.

⁹⁴ Ariño, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, 125.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 513.

⁹⁷ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 178-9.

obligado a respetar este derecho; en el derecho que nos ocupa, este sujeto pasivo es el Estado y los demás poderes públicos.⁹⁸

La libertad de empresa es un “derecho subjetivo con exigencias jurídicas que pueden ser invocadas por el individuo en cada caso”.⁹⁹ Como derecho subjetivo admite criterios tanto positivos como negativos para delimitarlo. Desde la perspectiva positiva, se protege no solo la libertad de emprender o no, sino de decidir cuándo, cómo y por qué hacerlo: el titular es libre de participar en el mercado con la producción de bienes o servicios,¹⁰⁰ y no solo de iniciar estas actividades sino también de mantenerlas en el mercado en condiciones de igualdad y libertad.¹⁰¹ La protección que otorga el Estado es para todos los titulares de este derecho.¹⁰²

En cuanto a la perspectiva negativa, se considera que debe existir un deber de respeto de todos los poderes públicos que, en el ejercicio de sus potestades, pueden limitar o condicionar excepcional y proporcionalmente el ejercicio del derecho¹⁰³ sin que se afecte su núcleo esencial, por lo que estos poderes públicos deben contribuir a la realización de este derecho.

Es por esto que a la libertad de empresas se la considera una libertad pública, ya que permite a los individuos actuar en el mercado sin interferencias del Estado que no estén autorizadas, siendo oponible a todos los poderes públicos¹⁰⁴, constituye, por lo tanto, un derecho de libertad que permite el libre desarrollo de la personalidad.

Respecto a esta dimensión subjetiva del derecho de libertad de empresa, la Corte Constitucional del Ecuador ha indicado:

Es decir, desde esta perspectiva podríamos observar una dimensión subjetiva de la libertad de empresa, en virtud de la que se reconoce al empresario una libertad de decisión para crear empresas que puedan actuar en el mercado; establecer los propios objetivos de la empresa, dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y a las condiciones del propio mercado y gestionar la propia empresa y del personal.¹⁰⁵

Es así que el derecho de libertad de empresa en su dimensión subjetiva goza de la protección del Estado al ser ejecutado bajo los principios de solidaridad,

⁹⁸ *Ibíd.*, 183.

⁹⁹ Ariño, *Principios de derecho público económico*, 260.

¹⁰⁰ Magdalena Correa Henao, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 284.

¹⁰¹ Aragón, *Libertades económicas y Estado social*, 17.

¹⁰² Cidoncha, *La libertad de empresa*, 80.

¹⁰³ Correa, *Libertad de empresa en el Estado social*, 284.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 278.

¹⁰⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 005-12-SIN-CC” en caso No. 0017-10-IN. 29 de marzo del 2012.

responsabilidad social y ambiental para con la colectividad. Cumplidos estos principios, el Estado se encuentra en la obligación de respetar y no imponer limitaciones que afecten su esencia.

2.2 Dimensión objetiva

La dimensión objetiva de los derechos significa que son normas de derecho de tipo objetivo que forman parte de un ordenamiento jurídico y que su realización permite alcanzar los principios que se encuentran establecidos en la Constitución y condicionan a la demás normativa, decisiones judiciales, administrativas, y de políticas públicas.¹⁰⁶

Como este derecho es parte de un ordenamiento jurídico, debe existir un deber de protección y promoción por parte de los poderes públicos.¹⁰⁷ Así, el Estado se encuentra en la obligación de proteger y asegurar su ejecución mediante la coherencia que deben guardar sus preceptos.¹⁰⁸

En cuanto a la libertad de empresa, esta dimensión se traduce en que es obligación del Estado asegurar su eficacia¹⁰⁹ y proteger al sistema económico, toda vez que esto constituye una garantía institucional frente a los poderes públicos y les confiere capacidad para actuar y cumplir con los objetivos.¹¹⁰ La protección que debe dar el Estado no solo es para emprender y desarrollar actividades económicas sino también de mantener dichas actividades en condiciones de libertad e igualdad.¹¹¹

Francisco Rubio Llorente, al respecto indica:

La libertad de empresa, como elemento esencial, aunque no único, de la economía de mercado, se asegura constitucionalmente porque existen fuerzas políticas que proponen un sistema económico distinto. Y no solo un sistema económico, sino todo un sistema social, en cuanto que la sociedad toda resulta determinada por la forma de su sistema económico. La consagración de la libertad de empresa es la consagración de un modelo de sociedad, para decirlo con los términos que hace unos pocos años todavía se utilizaban entre nosotros; la afirmación del capitalismo frente al socialismo.¹¹²

Es así que la libertad de empresa, por su enorme importancia para el desarrollo económico de un país, forma parte de un ordenamiento jurídico, guarda relación con las

¹⁰⁶ Benavides, *Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales*, 81-2.

¹⁰⁷ Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 55.

¹⁰⁸ Correa, *Libertad de empresa en el Estado social*, 267.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 270.

¹¹⁰ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 202.

¹¹¹ Aragón, *Libertades económicas y Estado social*, 17.

¹¹² Francisco Rubio Llorente, *La libertad de empresa en la Constitución* (Madrid: Civitas, 1996),

demás normas, su realización permitirá alcanzar los objetivos planteados en la Constitución, y al ser un derecho fundamental se encuentra dotado de una garantía institucional y de protección por parte de los poderes públicos, los mismos que deben asegurar su efectiva realización no solo en el inicio sino también en el desarrollo y mantenimiento de la actividad económica.

La Corte Constitucional del Ecuador, en relación a esta dimensión objetiva del derecho de libertad de empresas, indicó:

El derecho a la libertad de empresa presenta varios ámbitos, de los que podemos destacar los más importantes: en una dimensión objetiva, en primer lugar, el acceso a la actividad (economía de mercado); en segundo lugar, el ejercicio de las actividades económicas (libertad de gestión empresarial, con sujeción a la ley) y por último la irrupción o aparición del sector público en el mercado, desarrollando actividades empresariales (para los casos previstos en la Constitución).¹¹³

Estas dos dimensiones del derecho de libertad de empresa deben tener un equilibrio para que sean proporcionalmente protegidas de acuerdo a las circunstancias, sin que existan contradicciones, ya que las dos constituyen la naturaleza constitucional de este derecho. Por lo tanto, esta dimensión objetiva de la libertad de empresa no es una causa válida para que prevalezca y diluya la noción de libertad para actuar en el mercado de su titular; y la dimensión subjetiva no confiere privilegios a su titular para que prevalezcan sobre los intereses generales del Estado, trabajadores, consumidores y medioambiente.¹¹⁴

2.3 Contenido esencial de la libertad de empresa

Como ya se ha analizado, la libertad de empresa es un derecho subjetivo por el cual los poderes públicos deben proteger y no limitar o condicionar su ejercicio afectando su núcleo esencial, por lo que se pasará a estudiar en qué consiste este contenido esencial de los derechos fundamentales, para posteriormente proceder a revisar cuál es el contenido esencial del derecho de libertad de empresa.

La teoría del contenido esencial de los derechos nace en Alemania, en 1948, con ocasión de la expedición de la Ley Fundamental de Bonn, cuando se discutía que se debía establecer un mecanismo que dote de protección a los derechos fundamentales, por la cual se prohíba al legislador tocar su esencia, además de que existiera también un

¹¹³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 005-12-SIN-CC” en caso No. 0017-10-IN. 29 de marzo del 2012.

¹¹⁴ Correa, *Libertad de empresa en el Estado social*, 272.

control de constitucionalidad de las leyes por la cual se permita poder limitar estos derechos.¹¹⁵

Lina Parra, sobre contenido esencial de los derechos menciona: “el contenido esencial de un derecho viene a ser precisamente aquel que lo hace reconocible como tal y se constituye en un límite infranqueable a la actuación del legislador, aunque también podríamos pensar que a toda actuación de desarrollo y/o aplicación del derecho”.¹¹⁶

Por lo que esta figura constituye una barrera al legislador para la restricción de los derechos fundamentales, es decir, es un límite de los límites,¹¹⁷ por lo cual debe preservar y no tocar su esencia de modo que lo desvirtúe.

Esta garantía se encuentra establecida en el numeral 4 del Art. 11 de la Constitución: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.¹¹⁸

El contenido esencial de los derechos fundamentales puede ser analizado desde dos teorías clásicas: absoluta y relativa. La teoría absoluta indica, que en todo derecho existe un núcleo duro o resistente, que debe ser preservado y que no puede ser traspasado por los poderes públicos, aunque se justifique su restricción con la persecución de un fin legítimo.¹¹⁹

Prieto Sanchís critica esta posición por ser innecesaria, ya que si los derechos fundamentales se encuentran enunciados en la Constitución, entonces la ley no puede llegar a lesionarlos, menos en su núcleo esencial. Además, hace el cuestionamiento de que si una ley afecta o restringe el derecho en su parte no esencial (periférica), entonces se puede llegar al absurdo de entender que esta ley debería reputarse como legítima, así no se encuentre justificada.¹²⁰

Sin embargo de los cuestionamientos que realiza, Prieto Sanchís indica que:

Solo la versión absoluta ofrece las bases para una interpretación satisfactoria del contenido esencial como garantía autónoma de los derechos. Lo que ocurre es que, para no resultar perturbadora, ha de entenderse como la última y no como la única garantía. Como suele decirse se trata de un “límite de los límites”, de una barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en sí misma como razonable o

¹¹⁵ Lina Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo del derecho al trabajo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 67.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 68.

¹¹⁷ Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 114.

¹¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Art. 11, num. 4.

¹¹⁹ Benavides, *Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales*, 94.

¹²⁰ Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (Lima: Palestra Editores, 2007), 57.

suficientemente justificada. En suma, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho.¹²¹

Cidoncha también hace críticas a este teoría absoluta, ya que al estarle negado al legislador tocar la parte esencial de un derecho fundamental parecería ser que puede entonces disponer del contenido no esencial del mismo, que sin embargo tiene también contenido constitucional. Adicionalmente, refiere que esta teoría es absolutista, por lo que es imposible su aplicación, ya que los derechos fundamentales no son aislados sino que coexisten con otros derechos constitucionales con los que puede entrar en colisión,¹²² por lo que resulta casi imposible una aplicación general y pura de esta teoría absolutista, y menos aún en el derecho de libertad de empresa, que para que exista debe respetar los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Manuel Aragón, al hacer el análisis del derecho a la libertad de empresa bajo esta teoría absoluta hace una crítica a la teoría de Francisco Rubio Llorente, quien había expuesto que la libertad de empresa conlleva una aplicación del principio de igualdad y que todas las empresas deben disfrutar el mismo grado de libertad, de acuerdo a la clase a la que pertenece, así, había indicado que “no que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado”,¹²³ por lo que Aragón hace una reflexión al indicar que el poder público, entonces, podría imponer una limitación por igual a todas las empresas que se dedican a una misma actividad económica, y no por eso existiría libertad de empresa o mercado. Además, expresa que de considerarse lo afirmado por Rubio, la libertad de empresa dejaría de ser un derecho propio y quedaría diluida solo en la igualdad.¹²⁴

En cuanto al análisis del contenido esencial de un derecho fundamental visto desde la teoría relativa, sería “aquella parte del Derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima”.¹²⁵

La barrera infranqueable que existe para los legisladores en la teoría absoluta, de no poder tocar el contenido esencial de un derecho fundamental, en cambio en la teoría relativa el legislador la puede traspasar, siempre y cuando tenga una justificación

¹²¹ *Ibíd.*, 58.

¹²² Cidoncha, *La libertad de empresa*, 282-3.

¹²³ Rubio, *La libertad de empresa en la Constitución*, 445.

¹²⁴ Aragón, *Libertades económicas y estado social*, 21-5.

¹²⁵ Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 57.

superior, por lo que este contenido esencial del derecho es producto de una argumentación producto de una colisión entre derechos.¹²⁶

Prieto Sanchís, sobre esta teoría, indica que “cuanto más se sacrifica un derecho y, por tanto, cuanto más nos acercamos a su núcleo o esencia-cualquiera que ésta sea- mayor necesidad de justificación reclamará la medida limitadora, mayor ha de ser el peso y la importancia del bien constitucional que se contrapone”.¹²⁷

Esta teoría también ha sido criticada, ya que se dice menoscaba el principio de supremacía de la Constitución, al poner en un mismo plano el derecho fundamental limitado con la ley limitadora. Sin embargo, no se lo debe considerar de esta manera, ya que lo que se pone en un mismo plano es “el derecho fundamental con la disposiciones constitucional que constituye el fundamento de la intervención”.¹²⁸

Otra crítica que se le hace a esta teoría es que podría suceder que en razón de la justificación de un interés constitucional se termine sacrificando totalmente el derecho,¹²⁹ no obstante, se debe tener en consideración que esta intervención debe pasar los tres juicios del principio de proporcionalidad, que son proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad.¹³⁰

La Corte Constitucional del Ecuador ha indicado que los derechos no son absolutos y que los límites que se les impongan deben ser razonables y pueden ser restringidos para cumplir con otros fines constitucionales sin que se deba afectar el derecho que se restringe, y en el caso del derecho a la libertad económica incluso puede ser sancionado en caso de no ser ejercida de modo adecuado:

Los derechos no son absolutos, pues para garantizar el ejercicio simultáneo y completo de todos los derechos, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, es necesaria la imposición de ciertos límites y modulaciones. En palabras de la doctora Josefa Fernández Nieto, "se trata de límites impuestos por la necesidad de proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionales", límites que deberán ser razonables y a la vez limitados, pues solamente podemos restringirlos en función del cumplimiento de otros fines constitucionales. Es decir, que estos límites a los derechos constitucionales se pueden extender únicamente a aquello que sea necesario para conseguir la finalidad que los justifica; pues bajo ningún concepto esto puede implicar la afectación o vulneración del derecho que se restringe. En realidad, los límites impuestos por la propia Constitución o el legislador a los derechos, vienen a ser una verdadera garantía, pues solo así las personas podrán ejercerlos plenamente y el ejercicio de unos no menoscabará el de otros. En el caso concreto, el reconocimiento de

¹²⁶ Benavides, *Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales*, 94.

¹²⁷ Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 61

¹²⁸ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 284.

¹²⁹ *Ibíd.*, 285.

¹³⁰ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 426.

los derechos de libertad consagrados en el artículo 66 del texto constitucional respecto al trabajo, la libertad de contratación o el desarrollo de actividades productivas, no implican un ejercicio absoluto e ilimitado; por el contrario, el contenido de dichos derechos prevé el respeto y la convivencia con otros derechos, por lo que admiten limitaciones razonables, condicionamientos y hasta sanciones en caso de ser ejercidos de modo inadecuado.¹³¹

Por lo que al limitar el derecho de libertad de empresa se debe revisar que no se restrinja injustificadamente en su núcleo esencial y no se traspase el límite en el cual se deja “sin resquicio alguno a la libertad”.¹³²

Para poder revisar si una norma constituye una intromisión no justificada al núcleo esencial del derecho de libertad de empresa se debe saber cuáles son sus características elementales, sin las cuales se desconfigura este derecho. Gaspar Ariño, menciona que son tres estas características que configuran el derecho de libertad de empresa:¹³³

a. Libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado: que se traduce en la libertad de emprender, de poder acceder al mercado como empresario para la generación de bienes o servicios en forma organizada y continua, sin que puedan existir restricciones discrecionales de la Administración. Este derecho está limitado a que deba cumplir con requisitos societarios, por ejemplo que su objeto sea lícito y que no constituya un monopolio. Además, existen en el Ecuador ciertos sectores considerados estratégicos, reservados para el Estado, de conformidad con el Art. 313 de la Constitución.¹³⁴

También existen ciertos sectores que se encuentran regulados, por lo que la actividad que desempeñan y la confianza que el público deposita en esas empresas hace que se les solicite condiciones subjetivas de admisión, es decir, requisitos especiales para su calificación previo a (o en el transcurso de) su emprendimiento, pero es de recalcar que estos requisitos extras deben ser solicitados por ley, siendo ilegítimo que se requiera para actividades consideradas libres.

¹³¹ Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 005-14-SCN-CC” en caso N.º 0026-11-CN. 10 de septiembre del 2014.

¹³² Cidoncha, *La libertad de empresa*, 139-140.

¹³³ Ariño, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, 85-92.

¹³⁴ Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia No. 001-12-SIC-CC” en caso No. 008-10-IC. 5 de enero del 2012.

Así, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en virtud del Artículo 433-A de la Ley de Compañías,¹³⁵ en el cual dice que este organismo, en función del impacto social y económico, puede indicar en qué casos una compañía será considerada como una sociedad de interés público, por lo que la Superintendencia podrá imponer a estas sociedades requisitos adicionales de información, transparencia, administración, capital y los demás que fueren necesarios para la protección del interés general.

Actualmente, estas sociedades de interés público son:

1. Las emisoras de valores inscritas en el Catastro Público de Mercado de Valores.
2. Las casas de valores, los depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores y las sociedades administradoras de fondos de inversión y fideicomisos.
3. Las de seguros, de reaseguros, intermediaras de reaseguros, peritos de seguros y las agencias asesoras productoras de seguros.
4. Las que financien servicios de atención integral de salud prepagada.
5. Las que provean servicios de asistencia a asegurados o tarjetahabientes, por sí o a través de terceros.
6. Las calificadoras de riesgo y auditoras externas.
7. Las dedicadas a las actividades corrientes y especializadas de construcción de todo tipo de edificios y obras generales de construcción para proyectos de ingeniería civil.
8. Las que realicen actividades de agencia, corretaje y promoción inmobiliarios, y de intermediación en la compra, venta y alquiler de bienes inmuebles.
9. Las que se dediquen a la venta de vehículos automotores nuevos y usados.
10. Las que se dediquen a actividades de factorización por compra de cartera¹³⁶.

Respecto a la actividad bancaria, al ser considera un servicio de orden público, también se encuentra regulada su creación, constitución, organización, operación y liquidación por parte de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, de conformidad con el numeral 4 del Art. 14 del Código Orgánico Monetario y Financiero, y es la Superintendencia de Bancos, y por el Art. 144 del mencionado Código, quien autoriza a las entidades financieras el ejercicio de sus actividades mediante una autorización en la cual se determinarán las operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios que podrán ejercer las entidades, de conformidad con su objeto social, línea de negocios, especialidades, capacidades.

b. Libertad de organización del empresario: comprende la facultad que tiene el empresario de elegir la forma jurídica de organización, ya que muy bien puede ejercer la

¹³⁵ Ecuador, *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Suplemento del Registro Oficial 249, 20 de mayo del 2014.

¹³⁶ Resolución No. SCVS-DSC-2018-0008, emitida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en el Registro Oficial 219, de 4 de abril del 2018.

actividad empresarial como persona natural o jurídica, y en esta última creando una compañía bajo la normativa societaria o una sociedad civil, también puede determinar su organización interna a través del estatuto que la rija, nombre comercial, etc; sin embargo, se encuentra en la obligación de cumplir la normativa de publicidad, etiquetado, publicidad de cuentas, planificación urbanística, derechos de los trabajadores.

c. Libertad de dirección de la empresa: constituye la libertad del ejercicio de la actividad empresarial, es decir, la toma de decisiones en su ámbito comercial, de inversión, producción, competencia leal, contractual, fijación de precios. Sin embargo, en la actividad bancaria, al ser un sector regulado, es la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera quien fija las tasas de interés y las tarifas que deben cobrar por los servicios que presta, los mismos que deben estar publicados en la página web de la entidad financiera para conocimiento de sus clientes y público en general.

Aragón indica entonces que el contenido esencial del derecho de libertad de empresa consiste en un reducto mínimo de libertad que debe revisarse en los ámbitos de acceso y abandono del mercado, y del ejercicio de la actividad. En cuanto al acceso, consiste en la no prohibición absoluta y no imposición forzosa; en cuanto al abandono, alude a la no imposición de continuar, y en lo relativo al ejercicio de la actividad, se refiere a que “el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública”.¹³⁷

Cidoncha, por su parte, indica que para determinar el núcleo esencial de un derecho no solo se debe revisar y determinar su contenido sino también se deben analizar sus limitaciones,¹³⁸ por lo que se revisarán en el siguiente numeral cuáles serían las limitaciones que tiene la libertad de empresa.

2.4 Limitación al derecho de libertad de empresa

La libertad de empresa no significa que se pueda acceder libremente a toda actividad económica, sino que existe una garantía constitucional de no prohibición absoluta y desproporcionada de acceso a toda actividad económica,¹³⁹ por lo que mientras la actividad económica en que se decida emprender tenga un objeto lícito y

¹³⁷ Aragón, *Libertades económicas y Estado social*, 33.

¹³⁸ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 264.

¹³⁹ *Ibíd.*, 266.

cumpla con los presupuestos dados en la Constitución, como son la solidaridad y la responsabilidad social y ambiental y, además, no se encuentre prohibida su incursión por el legislador, el empresario gozará de una garantía de acceder a esta actividad. Como ya se mencionó, existen ciertos sectores calificados como estratégicos que el Estado se ha reservado para sí, de conformidad con el Art. 313 de la Constitución.

En materia bancaria, también en virtud del Art. 312¹⁴⁰, se ha prohibido constitucionalmente que las entidades financieras, sus accionistas y administradores puedan invertir en el capital o patrimonio de los medios de comunicación. Posteriormente, por medio de la consulta popular, efectuada el 7 de mayo de 2011, publicada en el Suplemento R.O. 490 del 13 de julio del 2011, se prohibió adicionalmente que las instituciones del sistema financiero privado, sus administradores y accionistas puedan ser titulares, directa o indirectamente, de acciones y participaciones en cualquier empresa ajena a la actividad financiera, esta última prohibición se encuentra regulada por la Superintendencia de Bancos¹⁴¹.

Por resolución de la Superintendencia de Bancos¹⁴² se hizo extensiva esta prohibición a los cónyuges y parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los administradores y accionistas, así como a las sociedades en que mantengan acciones o participaciones del capital pagado, lo que constituye una

¹⁴⁰ Art. 312 de la Constitución: Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente.

Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas.

¹⁴¹ Para efectos de lo indicado en el primer inciso del Art. 312 de la Constitución, se considerará como principales accionistas de las entidades del sector financiero privado a las personas naturales o jurídicas que reúnan una o más de las siguientes condiciones:

a. Las que posean el menor valor de entre el seis por ciento (6%) o más del capital suscrito y pagado o del capital social, o acciones o participaciones por un monto mayor o igual a seiscientos fracciones básicas exentas del impuesto a la renta; (Sustituido con Resolución No. SB-2018-066, (de 19 de enero del 2018)

b. Las que, teniendo una participación inferior a dicho porcentaje, en conjunto con otros accionistas, conformen una unidad de intereses económicos conforme lo establecido en el artículo 4 de este capítulo, que alcance el seis por ciento (6%) o más del paquete accionario de la entidad de que se trate; o,

c. Las que mantengan posición dominante en las entidades del sector financiero privado.

Se considera como directores a los vocales principales y suplentes de los directorios de las entidades del sector financiero privado, quienes son designados por las juntas generales de cada una de estas entidades, de conformidad con la ley, la normatividad vigente y sus respectivos estatutos sociales.

¹⁴² Capítulo I, Título XX, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial 123, 31 de octubre del 2017.

intromisión y limitación injustificada a la libertad de emprender, ya que una resolución está ampliando lo señalado por la Constitución.

Como límites directos, es decir, indicados en la propia norma constitucional,¹⁴³ se encuentra que la libertad de empresa, necesariamente, debe ceñirse a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

El principio de responsabilidad “implica un sacrificio de parte de quienes tienen una mejor situación económica en favor de aquellos en inferioridad de condiciones financieras”.¹⁴⁴ Este principio aplicado a las instituciones financieras permite el desarrollo de las entidades que comprenden el sector financiero popular y solidario, como son las cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro; y se cumple cuando el tratamiento diferenciado y preferencial que reciban del Estado no afecten el equilibrio del mercado y su desenvolvimiento y las ventajas que reciban del Estado sirvan para garantizar que compitan con otros participantes del sector económico en forma equitativa.¹⁴⁵

En cuanto a la responsabilidad social y ambiental, la empresa es responsable de cumplir con todas las normas, ya sean de carácter laboral, societaria, fiscal, ambiental y cualquier otra a la que estén obligadas, sin embargo, las empresas suelen ir más allá de este cumplimiento legal y comprometerse voluntariamente con iniciativas de carácter económico principalmente, estas medidas deben relacionarse con los accionistas, proveedores, clientes, empleados, familias y miembros de la comunidad.¹⁴⁶ Las empresas, de esta manera cumplen una función social necesaria para que se configure el derecho de la libertad de empresa. Esta función social se asemeja a la del derecho de propiedad, ya que ambos derechos tienen esta limitación en su ejercicio, mismo que no afectan sus esencias.¹⁴⁷

¹⁴³ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 270.

¹⁴⁴ De la Guerra, “El fundamento constitucional de los principios que atañen a la Ley de Economía Popular y Solidaria”, 335.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 337.

¹⁴⁶ Angélica Porras Velasco, “Constitución económica y responsabilidad social de las empresas”, en Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez (ed.), *Estado, derecho y economía* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 169.

¹⁴⁷ Según la International Organization for Standardization (ISO) 26000, existen siete principios mínimos para que se configure la responsabilidad social empresarial, los mismos que fueron traducidos por Borboa y Delhumeau y también son aplicables a las instituciones financieras:

Rendición de cuentas: las empresas deben rendir cuentas de su accionar ante las autoridades de control competentes ya sea por sus impactos en la sociedad, la economía o el medio ambiente, así como las acciones preventivas sobre los efectos negativos e imprevistos que puedan surgir. En la banca se indica que se extiende la vigilancia pública y promover una pronta respuesta ante cualquier observación de las autoridades de control.

Adicionalmente, la parte final del artículo 308 de la Constitución indica que “las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable”¹⁴⁸, por lo que las instituciones financieras no solo deben preocuparse en entregar el crédito a quienes cumplen con los parámetros normativos y sus políticas internas, sino que también deben analizar la finalidad y destino del crédito, el mismo que debe estar dirigido en financiar actividades que fortalezcan la producción nacional y que estén acordes con el ambiente y cumplan con su normativa.

Así los bancos cumplen un rol importante en la economía ya que intermedia los recursos financieros contribuyendo al desarrollo comercial, social y económico del país.

En cuanto a los límites indirectos, la doctrina indica que se trata de los otros derechos fundamentales y de los bienes constitucionales¹⁴⁹. El derecho a la libertad de

Transparencia: consiste en que las empresas deben revelar en forma clara, precisa y completa la información sobre las decisiones y actividades realizadas y de las que son responsables, la misma que debe incluir los impactos en la sociedad y el medio ambiente. En la banca, esta información debe estar disponible en la página web para facilitar el acceso a todos los interesados. (Art. 11, sección IV, capítulo VIII, título XIII, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial 123, 31 de octubre del 2017).

Comportamiento ético: los comportamientos de cualquier empresa deben estar alienados a los valores de honestidad, equidad e integridad. En relación a la banca los administradores están sujetos además a los deberes de diligencia, lealtad, comunicación de los conflictos de interés que puedan tener, de no competencia, de secreto. (Disposición general cuarta, Capítulo I, Título VI, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial 123, (31 de octubre del 2017).

Respeto a los intereses de las partes involucradas: las empresas deben respetar, considerar y responder a los intereses de sus clientes, así sean diferentes a los propios, ya que, si bien en primera instancia deben responder a los intereses de sus accionistas, también existirá un grupo que se verá afectado por sus decisiones. En la banca no solo debe responder a sus clientes sino al público en general al interactuar con dinero ajeno.

Respeto al principio de legalidad: se refiere a que ninguna persona ya sea natural u organización se encuentra por sobre la ley. En la banca significa que no solo se debe cumplir con la ley sino con las resoluciones y demás normativa emitidas por los organismos de control que les fueren aplicables.

Respeto a la norma internacional de comportamiento: las empresas deben esforzarse por respetar también las normas internacionales. En el caso de la banca al intermediar en transacciones internacionales debe vigilar que no se incumpla con leyes de otros países.

Respeto a los derechos humanos: todas las organizaciones deben respetar y reconocer los derechos humanos por su importancia y universalidad. La banca debe promover este respeto y no beneficiarse de situaciones y lugares donde la ley o su implementación no brinden la protección adecuada.

En el contexto de las entidades financieras privadas, una forma de responsabilidad social que tienen con sus usuarios, clientes y público en general son los denominados programas de educación financiera, que si bien son solicitadas por la Superintendencia de Bancos, estas entidades deben cumplir anualmente con el objeto de apoyar a la formación de temas relacionados con los derechos y obligaciones de los usuarios frente al sistema financiero, conocimiento del control y supervisión de los organismos de control, encaminados a que los clientes y usuarios tomen mejores decisiones en temas sociales y económicos en su vida cotidiana y optimizar el acceso a los servicios financieros de los diferentes grupos poblacionales.

¹⁴⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 308.

¹⁴⁹ Cidoncha, *La libertad de empresa*, 275.

empresa debe respetar otros derechos fundamentales, como son los de los trabajadores, de la competencia, consumidores, clientes. En cuanto a que la libertad de empresa debe respetar los bienes constitucionales, se refiere a aquellas que “asignan objetivos económicos y sociales a los poderes públicos”¹⁵⁰, ya que para la consecución de tales objetivos el legislador puede limitar la libertad de empresa, así tenemos el buen vivir, en virtud del cual se debe promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*

Capítulo dos

Orientación del crédito en las instituciones financieras privadas

1. Naturaleza del servicio bancario

El artículo 308 de la Constitución indica que las actividades financieras son un servicio de orden público y “tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país”.¹⁵² Por su parte, el artículo 143 del Código Orgánico Monetario y Financiero, reitera que las actividades financieras son un servicio de orden público, y además precisa los partícipes de dicha actividad y la facilidad que presta, al mencionar que son: “el conjunto de operaciones y servicios que se efectúan entre oferentes, demandantes y usuarios, para facilitar la circulación de dinero y realizar intermediación financiera”.¹⁵³

Es así que, sin perjuicio de las demás operaciones y servicios que prestan las instituciones financieras, indicados en el artículo 194 del Código Orgánico Monetario y Financiero, la intermediación financiera de los recursos captados para atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país, preservando los depósitos, constituye el principal objetivo de la actividad financiera.

Por otro lado, el numeral 9 del artículo 3 del Código de Comercio indica que entre los actos de comercio están las operaciones bancarias y, en consecuencia, sus operaciones se encuentran regidas por el derecho privado.

Por lo tanto, la intermediación financiera es una actividad económica que es realizada por los bancos en el ejercicio de la libertad de empresa, bajo la regulación del Estado. Es así que el derecho bancario se presenta en un doble aspecto, normas de derecho público administrativo que regulan a la entidad bancaria y normas de derecho privado que regulan la relación del banco con sus clientes.¹⁵⁴

¹⁵² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 308.

¹⁵³ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014, art. 143.

¹⁵⁴ Lucas Piaggio, “La ideología del servicio público bancario. Nuevas reflexiones a la luz de recientes antecedentes normativos en Latinoamérica”, *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, n. ° 59 (2013): 332.

La actividad bancaria no puede ser libremente ejercida, sino que debe estar sujeta a la autorización de determinados órganos para el inicio de sus funciones, control y vigilancia, ya que la función de captación del ahorro del público y el otorgamiento de crédito son de interés público.¹⁵⁵

Es por esto que para mejor comprensión de lo que se debe entender por orden público es necesario referirse a las otras instituciones que se relacionan con dicho concepto, como es el servicio público y el interés público.

1.1 Servicio público

A pesar de que en la legislación nacional no existe el concepto de servicio público, sí define esta cuáles son considerados servicios públicos, sumándose el Ecuador así a la corriente latinoamericana de conceptualizar a una actividad como servicio público solamente cuando existe una ley (*la publicatio*) que así califique a una determinada actividad, mediante una declaración formal y específica, lo que implica que esta actividad pase a formar parte de la Administración Pública.¹⁵⁶ De esta manera, se tiene en la Constitución actividades determinadas como servicio público, tales como el agua potable, el de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, indicadas por el artículo 314; educación, por el artículo 345; y, salud, por el 362.

Si bien, como ya se manifestó, no existe un consenso sobre el concepto de servicio público, sí se ha indicado cuáles son sus fines, así, Agustín Gordillo indica que el objeto es satisfacer una necesidad pública, que es la suma de las necesidades individuales, ya que no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deban tenerla, sino que solo una mayoría de ellos la tiene. Continúa manifestando Gordillo que debido a la obligación que tiene el servicio público de satisfacer una necesidad pública, este debe estar dotado de un régimen de derecho público que asegure la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad del mismo.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Ernesto Jinesta Lobo, "El concepto de operación bancaria", Revista Banca, Bolsa & Seguros, n.º 4 (1990): 9.

¹⁵⁶ Piaggio, "La Ideología del servicio público bancario. Nuevas reflexiones a la luz de recientes antecedentes normativos en Latinoamérica", 335.

¹⁵⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 400-1.

En el segundo inciso del artículo 314 de la Constitución se ha definido cuáles son las características que deben tener los servicios públicos al mencionar que deben proveerse de acuerdo a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

Los servicios públicos, a su vez, pueden también clasificarse en propios o impropios: los propios son los prestados por el Estado, directamente o por medio de terceros, ya sea por la concesión o licencia y los impropios los presta un particular previa una autorización del propio Estado.

En la Constitución ecuatoriana el Estado se ha reservado exclusivamente la prestación de los servicios públicos señalados en el artículo 314 (agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias), además de acuerdo con el artículo 264 de la Constitución corresponde a los Gobiernos Municipales “prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental”, sin embargo de conformidad con el artículo 260 de la Constitución estas competencias exclusivas no excluyen la concurrencia de la gestión en la prestación de estos servicios públicos entre los diferentes niveles de gobierno, facultando así la interacción de varios actores gubernamentales (centrales o seccionales).

La principal consecuencia jurídica de que una actividad sea considerada como servicio público en la norma suprema es que la Administración Pública pasa a ser el titular inalienable del servicio público, por lo que los particulares no pueden ejercer esta actividad a menos que exista una delegación administrativa, pero conservando el Estado la titularidad del servicio. El Estado cede así transitoriamente su ejercicio, ya que una vez cumplido el plazo debe revertirse.¹⁵⁸

El Estado durante la concesión o licencia de los servicios públicos conserva la regulación y control, así, el artículo 314 de la Constitución, *in fine*, indica que el Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

¹⁵⁸ Piaggio, “La Ideología del servicio público bancario. Nuevas reflexiones a la luz de recientes antecedentes normativos en Latinoamérica”, 340-1

En la legislación nacional la actividad bancaria no constituye un servicio público, en razón de que, para esta actividad, como indica Piaggio, no existe la *publicatio*, es decir, no se ha hecho una declaración legal que la catalogue como tal.¹⁵⁹

No obstante lo indicado, tampoco la actividad bancaria reviste las características que deben tener los servicios públicos, como ya se mencionó: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Así, por ejemplo, si bien la regularidad, eficiencia, responsabilidad y calidad están presentes en la actividad bancaria, este sometimiento normativo no hace desaparecer la autonomía de la voluntad. Tampoco se obliga a la banca a dar un tratamiento igualitario, universal, general y uniforme, ya que puede hacer diferencias entre sus clientes tanto en actividades activas como pasivas.¹⁶⁰

En cuanto a la obligatoriedad, si bien la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera mediante Resoluciones puede orientar y direccionar el crédito, (art. 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero), no puede intervenir en la definición de la persona natural o jurídica receptora de las operaciones de crédito, pudiendo las instituciones financieras motivadamente negar los créditos a quienes no califican para obtenerlos, y decidir -además- quiénes son sus clientes de acuerdo a los que cumplen sus políticas para aceptarlos, o rechazarlos si las incumplen.

Se indicó que una de las principales consecuencias de que una actividad sea considerada como servicio público es que la Administración Pública pasa a ser el titular inalienable del servicio, así, en la legislación existen las entidades del sector financiero público y privado a las cuales el Estado, por medio de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, otorga una autorización para el ejercicio de las actividades financieras, el mismo que puede ser revertido. Por otro lado, las operaciones que con sus clientes mantengan las entidades del sector financiero público serán dadas en el marco del derecho privado, al estar catalogadas como actos de comercio.

1.2 Orden público

Acedo Penco indica que en el lenguaje usual el término orden público hace referencia a los disturbios, alborotos o sucesos que trascienden el ámbito particular y alteran la normalidad de la paz ciudadana. En sentido restringido indica que alude al

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 335

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 356-7.

límite de la voluntad de los particulares y se refiere al conjunto de principios y valores de la comunidad tendientes a conseguir el bien común.¹⁶¹

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 29 que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral y del orden público.

En México, mediante sentencia, se ha definido al orden público como “conjunto de reglas en que reposa el bien común y ante los cuales ceden los derechos particulares porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerarlas”.¹⁶²

Sin embargo, pese que este término se lo ha utilizado para limitar las actuaciones de los particulares, esto no impide que también se lo pueda usar para proteger no solo el interés público sino también el interés particular, “el propio concepto de orden público podrá ser utilizado por parte de los particulares para defenderse de determinadas actuaciones del poder público limitadoras de su libertad contractual, pese a que éstas pretendan ser legitimadas amparándose precisamente en el interés público”.¹⁶³

En la Constitución se ha utilizado al concepto de orden público para hacer referencia a la paz y tranquilidad social interna de un Estado (excepto cuando se categoriza al servicio bancario en el artículo 308 de la Constitución), así, se indica en el artículo 261 que el Estado central tendrá competencia exclusiva sobre: 1.- La defensa nacional, protección interna y orden público; en el artículo 158 se indica que son funciones privativas del Estado y de la Policía Nacional, la protección interna y el mantenimiento del orden público; de igual manera, el artículo 163 indica que la Policía Nacional tiene como misión atender la seguridad ciudadana y el orden público.

1.3 Interés público

Indica Gordillo sobre el interés público que:

¹⁶¹ Ángel Acedo Penco, “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y en la jurisprudencia”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, n.º 14-15 (1996-1997): 327-8.

¹⁶² Francisco Fernández de Cossío, “Orden público en México: del impresionismo al puntillismo jurídico”, Revista Jurídica del Instituto de investigaciones jurídicas, n.º 2 (2011).

¹⁶³ Acedo, “El orden público actual como límite a la autonomía”, 332.

El interés público no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es solo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundan en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad.¹⁶⁴

Por su parte, Piaggio considera que la calificación de interés público corresponde a:

Aquellas actividades económicas que encierran cierto interés público, que sin embargo no reviste carácter primordial para la comunidad (como ocurre en el servicio público). Se reconoce en este ámbito el principio de la libertad contractual y comercial y se acepta que tales actividades sean prestadas en base a un régimen predominante de derecho privado, por más que los sujetos que las desarrollan estén reglamentados, fiscalizados y eventualmente sujetos a autorizaciones administrativas, sin que ello presuma la titularidad estatal ni importe conceptualizarlas como servicios públicos.¹⁶⁵

En la legislación ecuatoriana se ha indicado también como sinónimo de interés ya sea nacional, común, general, social o colectivo.¹⁶⁶

El hecho de que la actividad bancaria no sea considerada como un servicio público no impide que se le admita un ‘interés general’ por las necesidades que satisface, esta caracterización está dada para aquellas actividades que encierran un interés público especial, pero a diferencia del servicio público no revisten un carácter primordial¹⁶⁷.

Por otro lado, indica el final del artículo 308 de la Constitución que “las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para

¹⁶⁴ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 408.

¹⁶⁵ Piaggio, “La Ideología del servicio público bancario. Nuevas reflexiones a la luz de recientes antecedentes normativos en Latinoamérica”, 345

¹⁶⁶ Ejemplos que se pueden encontrar en la Constitución ecuatoriana; art. 28: La educación propenderá al interés público. art. 32: La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común; art. 313: Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos 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; art. 316: El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico; art. 323: Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación; art. 17: El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: 1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo; art. 83 Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley. 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir”.

¹⁶⁷ Lucas Piaggio, “La banca como servicio público: una ficción legal contra natura”, Federación Latinoamericana de Banca, accedido 30 de mayo de 2018, párr. 34-5, www.felaban.com.

fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable”¹⁶⁸, lo que hace reflexionar sobre la responsabilidad social que le corresponde al servicio bancario y qué se debería entender por tal concepto. Rosario Valpuesta Fernández, indica que se entiende a la responsabilidad social de las empresas, como:

El compromiso de aquellas con los valores colectivos definidos por la sociedad. Significa que tales empresas asumen que son parte de la colectividad y, en consecuencia, tienen que orientar su actividad económica a la realización de fines definidos por el conjunto de la misma, de tal modo que su gestión debe responder a los objetivos sociales identificados políticamente.¹⁶⁹

En consecuencia, y dada la responsabilidad con la sociedad que la actividad bancaria mantiene, las actividades financieras como un servicio de interés público es el término más apropiado para conceptuar la labor bancaria, para atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país.

2. El derecho a una vivienda digna y resoluciones del sector bancario en la regulación del crédito orientado al financiamiento de la vivienda

El Estado, en virtud del artículo 375 de la Constitución y del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero, a través de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, que es el órgano encargado de formular, dirigir y regular las políticas crediticias y financieras del país, ha expedido resoluciones con el fin de dirigir el crédito de las instituciones financieras hacia el sector inmobiliario, con el objetivo de que estas instituciones entreguen obligatoriamente un porcentaje de sus créditos al sector hipotecario, y financien la adquisición de vivienda de interés público (VIP).

Sin embargo, antes de revisar estas resoluciones, y a fin de entender las razones en las cuales se han justificado, es preciso analizar el derecho a la vivienda establecido en la Constitución.

¹⁶⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 308.

¹⁶⁹ Rosario Valpuesta Fernández, “Nuevas visiones sobre la empresa: la responsabilidad social corporativa. La experiencia europea, en Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez (ed.), *Estado, derecho y economía* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 45.

2.1 Derecho a la vivienda

El artículo 30 de la Constitución indica: “Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica”¹⁷⁰. Como ya se analizó en el primer capítulo, este derecho forma parte de los derechos del buen vivir, por ser una necesidad básica del ser humano, ya que resulta fundamental para lograr una vida en paz y con seguridad.¹⁷¹ El derecho a una vivienda adecuada permite el goce de otros derechos fundamentales como elegir la residencia, libertad de movimiento, dignidad humana, seguridad, inviolabilidad del domicilio, privacidad.¹⁷²

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”¹⁷³, y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Al respecto la Corte Constitucional de Ecuador ha indicado que el cumplimiento corresponde al Estado, y se le han atribuido:

Dos conjuntos de obligaciones: un conjunto positivo y un conjunto negativo. El positivo, en lo referente a encausar todos sus esfuerzos para que estos derechos sean accesibles, ya sea a través de la provisión de recursos económicos, el establecimiento de políticas públicas, etc.; y el negativo, entendido como la abstención del Estado para realizar conductas que puedan menoscabar su efectivo goce, y a su vez su obligación de proteger que el derecho no sea afectado por un tercero.¹⁷⁴

En su observación número 4, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dado pautas para establecer qué se debe entender por vivienda digna, así,

¹⁷⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 30.

¹⁷¹ Gerardo Pisarello, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (ed.), *Derechos sociales, instrucciones de uso* (México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2003), 181.

¹⁷² *Ibid.*, 184.

¹⁷³ ONU Asamblea General, Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, París.

¹⁷⁴ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No.146-14-SEP-CC” en caso No. 1773-11-EP.1 de octubre del 2014.

ha indicado: i) condiciones de la vivienda y, ii) la seguridad del goce de la vivienda. En cuanto a esta última, no solo se refiere a las condiciones materiales sino: a) la asequibilidad económica y, b) seguridad de la tenencia. En cuanto a la asequibilidad, se refiere a que debe existir una oferta suficiente de vivienda y contar con planes de financiamiento accesibles que no impida que se deje de satisfacer otras necesidades básicas.¹⁷⁵

Siguiendo esta observación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Constitucional de Ecuador también indicó que los requisitos mínimos que una vivienda debe tener para ser considerada digna, son: 1) seguridad jurídica de la tenencia; 2) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; 3) gastos soportables; 4) habitabilidad; 5) asequibilidad; 6) lugar; y, 7) adecuación cultural.¹⁷⁶

En cuanto a gastos soportables, la Corte Constitucional menciona: “el Comité se refiere a estos como los valores que presupone la manutención de una vivienda, los cuales deberán ser proporcionales con los niveles de ingresos de sus ocupantes”.¹⁷⁷

Específicamente el Comité señaló: "Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda". Con este requisito, lo que se busca principalmente es que los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro ni la satisfacción de otras necesidades básicas.¹⁷⁸

La Corte Constitucional del Ecuador también ha indicado que derecho constitucional a la vivienda adecuada y digna, puede ser revisado en tres aspectos: la prestación, protección y abstención.¹⁷⁹

En cuanto a la prestación, comprende la facilitación del acceso a este derecho por parte del Estado, mediante la creación e implementación de planes habitacionales,

¹⁷⁵ Yira López Castro, “La realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia: una narración sobre la intervención constitucional en los contratos de vivienda” (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 114-5.

¹⁷⁶ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No.146-14-SEP-CC” en caso No. 1773-11-EP.1 de octubre del 2014.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 026-10-SEP-CC” en caso 0343-09-EP. 3 de junio 2010.

proyectos y políticas públicas que garanticen su acceso, en especial a aquellos grupos de la población que lo necesiten en mayor medida.

Además, no se debe entender que el Estado tiene la obligación de entregar la vivienda de forma gratuita, sino procurar “por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad, recursos que deben ser consistentes con otros derechos fundamentales”.¹⁸⁰

El derecho a la vivienda, al igual que los demás derechos sociales, es un derecho social progresivo, ya que es necesario que el Estado cuente con los recursos económicos para su realización. También los derechos sociales tienen obligaciones que son positivas y negativas,¹⁸¹ en cuanto al derecho a la vivienda estas obligaciones se pueden aplicar en forma negativa en la prohibición de desalojos forzados. Y en forma positiva, “como la adopción de herramientas legislativas y otras medidas para garantizar la seguridad de la tenencia y la accesibilidad a la vivienda o aportar soluciones a las personas sin techo”.¹⁸²

Sin embargo, lo que caracteriza a un derecho social no es simplemente que el Estado cumpla, sino la posibilidad de reclamar ante algún poder jurídico en caso de su incumplimiento¹⁸³, lo que en Ecuador sí se ha dado en lo que respecta a este derecho en cuanto a la reclamación por desalojo de una vivienda y el derecho a una reparación integral de sus afectados.¹⁸⁴

La Corte Constitucional de Colombia ha ido más allá y se ha pronunciado sobre que se deben vincular los créditos otorgados para la adquisición de la vivienda a la inflación y no a las tasas de interés, criterios para financiación de vivienda a largo plazo y la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los programas de adquisición de vivienda.¹⁸⁵

En la sentencia C-383/99, de 27 de mayo de 1999, la Corte Constitucional colombiana indicó que la variación de la tasa de interés destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, lo que resulta contrario a la

¹⁸⁰ Pisarello, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, 187.

¹⁸¹ Claudia Storini, *Obligaciones del Estado y efectividad de los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 39.

¹⁸² Christian Courtis, *Notas sobre la justiciabilidad del derecho a una vivienda adecuada* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 196.

¹⁸³ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 37-8.

¹⁸⁴ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No.146-14-SEP-CC” en caso No. 1773-11-EP.1 de octubre del 2014, y ejecución de ésta: Ecuador, Corte Constitucional “Sentencia No. 021-16-SIS-CC” en caso No. 0016-15-IS. 27 de abril del 2016.

¹⁸⁵ López, *La realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia*, 113.

equidad, justicia y democratización del crédito como fin del Estado, y que este sistema para la financiación de la vivienda no permite su adquisición y conservación, ya que el poder económico de los adquirentes de las viviendas se ve afectado porque los reajustes de los ingresos de los trabajadores no se realizan de acuerdo a la variación de las tasas de interés. Expresó también que la democratización del crédito se logra precisamente cuando este no se concentra en quienes tienen dinero, sino que se lo debe extender a la mayor parte posible de la población, para que así se tenga igualdad en desarrollo personal y familiar.

La Corte Constitucional colombiana, en la mencionada sentencia, también expresó:

En ese orden de ideas, la Constitución establece el "derecho a vivienda digna" como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva. Por ello, el constituyente ordena al Estado la fijación de "las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho", así como el promover "planes de vivienda de interés social", y "sistemas adecuados de financiación a largo plazo". Es decir, conforme a la Carta Política no puede la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias colombianas ser considerada como un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado, sino que, al contrario de lo que sucedía bajo la concepción individualista ya superada, las autoridades tienen por ministerio de la Constitución un mandato de carácter específico para atender de manera favorable a la necesidad de adquisición de vivienda, y facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas al fin que se persigue, aún con el establecimiento de planes específicos para los sectores menos pudientes de la población, asunto éste último que la propia Carta define como de interés social.¹⁸⁶

Sin embargo, esta sentencia tuvo un voto salvado, en el cual indica que también debe tomarse en consideración a los depositantes:

Un sistema de financiación no puede juzgarse como adecuado o inadecuado sólo desde el punto de vista de uno de sus componentes. La sentencia de la Corte se limita a ponderar el interés y la posición de los deudores, sin considerar que también debe tomarse en cuenta a los depositantes y ahorradores. Si a estos últimos no se les remunera o si ello se hace por debajo de la tasa efectiva que ofrecen otros intermediarios, a la postre el sistema de financiación de vivienda periclitará en perjuicio de los potenciales deudores.

En la sentencia C-700/99 de 16 de septiembre de 1999, la Corte Constitucional colombiana indicó que para la regulación del sistema bancario que se refieran a la financiación de vivienda, no puede ser igual al que la regulación que se da en otros sectores:

¹⁸⁶ López, *La realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia*, 113.

Cuando las pautas, directrices, criterios y objetivos que debe fijar el Congreso en cuanto a la regulación de las actividades de captación, intermediación, inversión y aprovechamiento de recursos provenientes del público, se refieren a la financiación de vivienda a largo plazo, no pueden ser las aplicables a todo el sistema financiero, bursátil y asegurador, que hoy por hoy están contempladas principalmente en la Ley 35 de 1993, sino que deben tener por objeto especial y directo el que dicha norma constitucional prevé, es decir, la fijación de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho que todos los colombianos tienen a una vivienda digna, y la promoción de planes de vivienda de interés social, "sistemas adecuados de financiación a largo plazo" (subraya la Corte) y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

En cuanto a la sentencia C-955/00, de 26 de julio del 2000, la Corte Constitucional de Colombia indicó que por ser la democratización del crédito uno de los fines del Estado, las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado y no pueden ser pactadas libremente, a fin que sea posible la realización del derecho a una vivienda digna, por lo tanto, deberá fijar la tasa máxima de interés remuneratorio que pueden cobrar las entidades financieras en este tipo de crédito, la misma que debe ser la más baja de las tasas que estén cobrando para los otros segmentos de créditos, además de que el interés que cobre por los créditos destinados para la construcción o adquisición de vivienda debe ser solo remuneratorio, es decir, debe pagar el servicio del crédito y los costos de la administración.

En esta sentencia, la Corte Constitucional colombiana cita lo expuesto por la Sociedad Colombiana de Economistas:

A todo lo anterior debe agregarse un hecho fundamental que ha estado ausente en el análisis del Gobierno y del sector financiero: la vivienda no es un negocio. En lo primario, no genera renta por sí misma. Es un derecho social, es decir, es un bien mérito. En particular la vivienda social. Por lo tanto, la adquisición de vivienda no genera rentabilidad per se, por lo que el costo del dinero destinado a financiamiento de vivienda debe obedecer a otros parámetros más asequibles al bolsillo de los colombianos y no pretender que sea precisamente la línea de crédito más costosa en la historia del país y una de las actividades más acosadas de cargas onerosas.¹⁸⁷

En la sentencia de la Corte Constitucional colombiana SU.846/00, del 6 de julio del 2000, en lo que respecta a los créditos de vivienda indicó que en esta clase de créditos debe intervenir el Estado para garantizar que prime el interés público:

[...] el otorgamiento y la aceptación de créditos por las entidades financieras para la adquisición y conservación de vivienda, mediante contratos de mutuo con garantía hipotecaria, no se rigen de manera absoluta por el principio de la autonomía de la voluntad sin limitación alguna, sino que ellos son contratos que han de obedecer a la intervención del Estado, esto es, que son contratos de los que la doctrina denomina "*dirigidos*", en los que, en aras del interés público y las finalidades sociales, se restringe la autonomía de la voluntad.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

Respecto a las políticas públicas que debe desarrollar el Estado, la Corte Constitucional ecuatoriana ha indicado.

En general, se trata de implementar políticas públicas de hábitat y vivienda, de diversa índole, que en última instancia aseguren el acceso y la permanencia en la vivienda, en condiciones adecuadas que aseguren una vida digna, puesto que como bien se ha manifestado, si una persona o grupo de personas no viven en condiciones que aseguren aspectos mínimos como los señalados, no podemos manifestar que gozan del derecho a una vivienda digna y adecuada, y en un ámbito general, tampoco gozarían del derecho a una vida digna. Ahora bien, como se mencionó, la Carta Fundamental no vincula únicamente al Poder Ejecutivo en esta tarea, sino que va más allá, relacionando a otros poderes del Estado, como el Legislativo, indispensable para la aprobación de leyes en la materia que procuren el desarrollo del derecho a la vivienda; a las municipalidades, a las que se les faculta incluso expropiar, reservar y controlar áreas, para hacer efectivo ese derecho entre otras autoridades.¹⁸⁸

En el caso ecuatoriano, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, con el fin de promover el crédito a las personas y generar incentivos a las instituciones del sistema financiero para que creen productos orientados a la inclusión económica, expidió la Resolución n. ° 45-2015-F, denominada “Política para el financiamiento de vivienda de interés público en las que participan el Banco Central del Ecuador o el sector financiero público conjuntamente con los sectores financiero privado y popular y solidario”.¹⁸⁹

Cabe indicar que en un primer momento participar en esta política era facultativo para todos los bancos, ya que se trata de un incentivo, no obstante, posteriormente se exigió que sea obligatorio para los bancos Bolivariano, Rumiñahui, Guayaquil, Internacional, Loja, Pacífico, Pichincha y Produbanco.¹⁹⁰

La obligación de participar de esta política depende también de si han sido calificados como banco múltiple o bancos especializados, de conformidad con la Resolución n. ° 217-2016-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera,¹⁹¹ por la cual se indican cinco clases de segmentos de créditos, entre los que

¹⁸⁸ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 026-10-SEP-CC” en caso 0343-09-EP. 3 de junio 2010.

¹⁸⁹ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución 045-2015-F*, Registro Oficial 484, 21 de abril del 2015.

¹⁹⁰ Redacción Negocios, “Vivienda usada se puede financiar al 6%”, Diario El Comercio, 10 de mayo de 2015, <http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-biess-vivienda-prestamoshipotecarios-afiliados.html>.

¹⁹¹ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución 217-2016-F* Registro Oficial 727, 6 de abril del 2016. “Art. 26 de la Resolución 217-2016-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera: Se considera que un banco es múltiple cuando opera en dos o más segmentos de crédito, en los cuales, el saldo bruto de la cartera de crédito supera respectivamente el 20% del saldo bruto de la cartera de crédito total. Art. 27 de la Resolución 217-2016-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera: Se considera que un banco es especializado cuando opera en un

se encuentra el segmento vivienda, que incluye al segmento Inmobiliario y Viviendas de Interés Público.¹⁹²

Sin embargo, es preciso señalar que se exige a los bancos colocar un mínimo de operaciones en los segmentos a los cuales se les ha autorizado, y en caso de no cumplir con estos porcentajes de colocación, pueden ser sancionados inclusive con la revocación de la autorización para operar.¹⁹³

Los requisitos para financiamiento de las viviendas de interés público por parte de las instituciones financieras son otorgados a personas naturales para la adquisición o construcción de vivienda única y de primer uso, con la constitución de garantía hipotecaria a favor de la institución financiera originadora del crédito, con un valor comercial menor o igual a setenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 70,000.00), y cuyo valor por metro cuadrado sea menor o igual a ochocientos noventa dólares de los Estados Unidos de América (USD 890.00), cuota de entrada máxima el 5% del avalúo comercial del inmueble a financiarse, con una tasa máxima de 4,99% efectiva anual, reajutable o fija; y con un plazo igual o mayor a veinte años, la cuota de entrada máxima del 5% del avalúo comercial del inmueble a financiarse o los anticipos entregados por los compradores a los constructores.¹⁹⁴

segmento de crédito específico, en el cual, el saldo bruto de la cartera de crédito supera el 50% del saldo bruto de la cartera de crédito total, y en ninguno de los otros segmentos el saldo bruto de la cartera de crédito supera el umbral de 20%. Aquellas entidades, en las cuales sus segmentos de créditos no llegan a los umbrales definidos para un banco especializado, serán calificadas como Banco múltiple”.

¹⁹² “Los segmentos de créditos son: Comercial (comercial y productivo), Consumo, Vivienda (Vivienda de interés público e Inmobiliario), Microcrédito y Educativo”.

¹⁹³ Art. 30 de la Resolución 217-2016-F de la de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera: Los bancos especializados que operen fuera de los segmentos autorizados por el organismo de control, o que en los demás segmentos sus operaciones superen los umbrales determinados en la presente norma, serán sancionados por la Superintendencia de Bancos conforme lo previsto en el Código Orgánico Monetario y Financiero y las normas de control expedidas por la Superintendencia de Bancos para el efecto. Art. 31 de la Resolución 217-2016-F de la de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera: En el caso de que en una entidad financiera con autorización para operar en un segmento de crédito, su cartera de crédito bruta baje del umbral establecido por un período de 6 meses consecutivos, presentará a la Superintendencia de Bancos los justificativos correspondientes; si dicho segmento permanece bajo el umbral por 12 meses consecutivos, la entidad deberá solicitar dejar sin efecto la autorización otorgada para el mismo. Si un banco es autorizado por el organismo de control a operar como múltiple o especializado en determinado/s segmento/s, cambia la estructura de su cartera de crédito, en función de los umbrales establecidos, deberá solicitar al organismo de control, el cambio de la autorización que corresponda. Art. 32, segundo inciso, de la Resolución 217-2016-F de la de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera: Se considerará que una entidad no ha realizado el mínimo de operaciones determinadas durante un período de seis meses consecutivos, si no cumple con al menos los siguientes umbrales: a. Si el volumen de crédito colocado por la entidad financiera es inferior al 30/o de la media móvil del volumen de crédito colocado por las entidades financieras de su grupo afín para en el período de seis meses consecutivos. b. Si el saldo promedio de cartera bruta en los últimos seis meses es inferior al 40% del promedio del activo total de la entidad financiera en ese período.

¹⁹⁴ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución 045-2015-F*, Registro Oficial 484, 21 de abril del 2015.

La institución financiera originadora del crédito debe constituir un fideicomiso de titularización, cuya fiduciaria será una privada, esto con el fin de transferir la cartera del segmento de vivienda de interés público que ha sido otorgada con la tasa del 4,99%, a la cual debe pasar el documento de crediticio, ya sea mutuo o pagaré, y la escritura de hipoteca abierta. Este fideicomiso de titularización emite títulos con tasa del 9% que es comprada por un fideicomiso constituido por el BCE. Como se nota esta estructura constituye un incentivo ya que se le reconoce al banco participante el pago de un interés de tasa que tendría al financiar una vivienda.

Por Resolución 58-2015-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 483 del 20 de abril del 2015, este organismo dispuso fijar anualmente el porcentaje de operaciones hipotecarias obligatorias que cada entidad del Sector Financiero Privado mantendrá en relación a su patrimonio técnico constituido, en función de su naturaleza, objeto y giro de negocio.

Para saber el porcentaje anual de cada entidad debe obligatoriamente entregar en créditos inmobiliarios se debe realizar un cálculo que comprende el patrimonio técnico del Banco, los créditos inmobiliarios que la entidad ha conferido en los últimos sesenta meses y un factor de corrección del comportamiento de la economía. Luego de realizar el cálculo, en caso que la entidad financiera tenga un porcentaje inferior al dos por ciento del patrimonio técnico constituido, no será obligatorio para el banco cumplir con el porcentaje de colocación del segmento inmobiliario.¹⁹⁵

Si bien las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera busca orientar el crédito hacia el sector que el Estado busca promover, ya

¹⁹⁵ "La determinación del porcentaje anual que las entidades del Sector Financiero Privado deben otorgar en créditos para la vivienda del segmento de crédito inmobiliario, frente al patrimonio técnico constituido, se lo hará en el mes de enero de cada año, y será el que provenga del cálculo del quintil uno de la serie de datos correspondientes al volumen de crédito para la vivienda del segmento de crédito inmobiliario concedido en los últimos sesenta (60) meses, frente al patrimonio técnico constituido de diciembre del año inmediato anterior, multiplicado por un factor de corrección que recoja el comportamiento cíclico de la economía. Si el porcentaje obtenido de esta manera es inferior al dos por ciento (2%) del patrimonio técnico constituido, la entidad no tendrá la obligatoriedad de cumplir un porcentaje de colocación de créditos para la vivienda del segmento de crédito inmobiliario. La forma en la que se estructurará la serie de datos del volumen de crédito para la vivienda del segmento de crédito inmobiliario y la obtención del quintil uno se instruirá por circular emitida por la Superintendencia de Bancos. Si el porcentaje calculado de la manera prevista en el primer inciso de este artículo, supera el cien por ciento (100%) del patrimonio técnico constituido, la entidad financiera entenderá que la obligación mínima que deberá mantener de crédito de vivienda del segmento de crédito inmobiliario será equivalente al cien por ciento (100%) de dicho patrimonio técnico. El porcentaje correspondiente a cada año, será comunicado por escrito a cada entidad por la Superintendencia de Bancos. El factor de corrección que recoge el comportamiento cíclico de la economía referido en este artículo podrá ser modificado por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en el mes de enero de cada año. Si no se modifica durante dicho mes, aplicará el factor de corrección vigente para el ejercicio económico precedente".

sea, generando incentivos para las instituciones financieras y obligando a entregar créditos, también sirven para desacelerar el crédito en otros sectores, como es el caso del crédito de Consumo Ordinario dirigido a la compra de vehículos livianos, así la tasa de interés de este segmento es una de las más altas en comparación con los otros.¹⁹⁶

Además, se han establecido salvaguardas a la importación de los vehículos, todo esto con el fin que no sea atractivo para los clientes endeudarse en este tipo de crédito. Adicionalmente, el crédito de consumo bancario ya no puede estar garantizado con un fideicomiso de garantía, según Resolución de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera No. 402-2017-F, publicada en el Registro Oficial 90 de 29 de septiembre del 2017.¹⁹⁷

En Ecuador hasta el momento se ha direccionado el crédito hacia el segmento de la vivienda, sin embargo no se descarta que en el futuro se pueda utilizar esta figura de acuerdo a los planes de desarrollo que el país requiera. Así en América Latina, ha existido intervención financiera, principalmente a través de la Banca de Desarrollo, para llenar los vacíos que ha dejado el mercado, por ejemplo “apoyo a la micro, pequeña y mediana empresa; desarrollo de la vivienda y la infraestructura; impulso a la internacionalización de las empresas y apoyo al comercio exterior; desarrollo tecnológico-educativo y medioambiental; promoción de capitales; apoyo al sector agrícola y rural, y fomento a la integración económica”.¹⁹⁸

Una vez revisados el derecho de libertad de empresa, el derecho a la vivienda y las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera referentes a la orientación del crédito en las instituciones financieras privadas en el segmento vivienda, se procederá a revisar si las mencionadas resoluciones afectan el derecho a la libertad de empresa, sin embargo, es preciso antes referirse a las operaciones bancarias y a la toma de riesgo por parte de las instituciones bancarias.

¹⁹⁶ Banco Central del Ecuador, “Tasas de interés”, párr. 2, accedido 27 de mayo de 2018, <https://contenido.bce.fin.ec/docs.php?path=/documentos/Estadisticas/SectorMonFin/TasasInteres/Indexe.htm>.

¹⁹⁷ Marco Rodríguez, entrevistado por la autora, 30 de mayo del 2018.

¹⁹⁸ Romy Calderón Alcas, “La banca de desarrollo en América Latina y el Caribe”. *Serie Financiamiento para el Desarrollo*, no. 157 (Santiago de Chile: Cepal, 2005), 16

2.2 Los riesgos de las operaciones bancarias

Como se analizó en páginas precedentes, la intermediación financiera de los recursos captados para atender los requerimientos de financiamiento constituye el principal objetivo de la actividad financiera.

En el otorgamiento de créditos las instituciones financieras asumen tres clases de riesgos: el riesgo crediticio, el riesgo de mercado y el riesgo de liquidez. Al riesgo crediticio la Superintendencia lo ha conceptualizado como que: “Es la posibilidad de pérdida debido al incumplimiento del prestatario o la contraparte en operaciones directas, indirectas o de derivados que conlleva el no pago, el pago parcial o la falta de oportunidad en el pago de las obligaciones pactadas”.¹⁹⁹

Antes de otorgar un crédito los bancos deben realizar una serie de análisis, entre esos al sujeto de crédito, por lo que existen parámetros bajo los que las instituciones financieras deben regirse para evaluar a los deudores solicitantes del crédito, ya que como indica el artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero: “En ningún caso la Junta podrá intervenir en la definición de la persona natural o jurídica receptora de las operaciones de crédito”, por lo tanto, para la calificación o no de un solicitante del crédito se encuentra en la evaluación que la entidad financiera le haya realizado de acuerdo a los parámetros dados por la propia Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

La Resolución 209-2016-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera denominada “Norma para la calificación de activos de riesgos y constitución de provisiones por parte de las entidades de los sectores financiero público y privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos”,²⁰⁰ se indica que para la revisión y calificación de las personas que pueden acceder a los tipos y segmentos de créditos, las instituciones financieras deben tener sus propios esquemas de control y administración de crédito, por lo tanto, no existe un modelo único de administración de crédito para todos los bancos, y específicamente para el caso de los créditos de vivienda de interés público e inmobiliario se debe calificar a los solicitantes su capacidad de pago y estabilidad de la fuente de ingreso de sus recursos.

¹⁹⁹ Capítulo II, “De la Administración del Riesgo de Crédito, Título IX, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial 123, 31 de octubre 2017.

²⁰⁰ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución 209-2016-F*, Registro Oficial 730, Suplemento, 11 de abril de 2016.

La Resolución 209-2016-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera indica que la capacidad de pago es el principal factor en la evaluación de un deudor, así menciona: “La capacidad de pago se mide en la posibilidad que un prestatario actual o potencial pueda generar los beneficios económicos necesarios para honrar sus obligaciones y mantener en el tiempo un nivel de solvencia y rentabilidad”.

Para este análisis financiero se deben considerar indicadores de liquidez, rentabilidad, apalancamiento, solvencia y eficiencia, así como realizar un análisis vertical y horizontal del estado de situación y del estado de pérdidas y ganancias, estacionalidad de la producción o las ventas y factores críticos que pueden sensibilizar su situación financiera.²⁰¹

En la administración del riesgo por parte de las instituciones financieras, se consideran las siguientes etapas: el otorgamiento que incluye las fases de evaluación, aprobación, instrumentación y desembolso; seguimiento; recuperación; y, control,²⁰² sin embargo, por más que se realicen estas evaluaciones, nunca se estará totalmente seguro de la recuperación total de la cartera. Es por esto que los propios bancos deben definir los límites de exposición de riesgo crediticio, acorde con el patrimonio técnico de respaldo de la entidad.

El riesgo de mercado es “la contingencia que una entidad controlada incurra en pérdidas por movimientos de los precios del mercado como resultado de las posiciones que mantenga dentro y fuera del balance”.²⁰³ Los más comunes son los relacionados con la negociación de valores, riesgo de tipo de cambio y variaciones en la tasa de interés. El riesgo de mercado que puede tener una institución financiera en el otorgamiento de un crédito, en el cual entra el segmento vivienda, es la variación de la tasa de interés, así, al conceder un crédito con una tasa de interés variable a un largo plazo, puede producir una pérdida para el banco en el caso que la tasa de interés en el futuro baje.

En este caso también las instituciones financieras deben tener sus propios métodos de valoración de exposición a esta clase de riesgo, y deben implementar procesos formales de administración integral de riesgos que permitan identificar, medir, controlar, mitigar y monitorizar las exposiciones de riesgo. De esta manera, para poder mitigar el riesgo de la tasa de interés, las instituciones financieras deben realizar un

²⁰¹ *Ibíd.*, 209-2016-F.

²⁰² *Ibíd.*, 209-2016-F.

²⁰³ Capítulo III, “De la Administración del Riesgo de Mercado”, Título IX, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial 123, 31 de octubre de 2017.

análisis de sensibilidad de sus activos, pasivos y contingentes, que le permitan tomar decisiones oportunas y adecuadas para poder calzar los plazos de vencimiento de sus activos y pasivos.

Respecto al riesgo de liquidez, se entiende que es “cuando la entidad enfrenta una escasez de fondos para cumplir sus obligaciones y que, por ello, tiene la necesidad de conseguir recursos alternativos o vender activos en condiciones desfavorables, esto es, asumiendo un alto costo financiero o una elevada tasa de descuento, incurriendo en pérdidas de valorización”.²⁰⁴

Rafael Díaz Arias sobre los riesgos de la intermediación financiera indica que:

En primer lugar, debe entenderse que nunca existirá la posibilidad de que se dé una total coincidencia entre el plazo a que están dispuestos a ceder sus fondos los depositantes y el plazo que necesitan los usuarios para el desarrollo de sus proyectos o la atención de sus necesidades. Con esta realidad tiene que lidiar el banco. Claro que cuando se manejan grandes masas de dinero captado a muy diversos plazos, y si las captaciones son permanentes, podría entenderse que no hay dificultad para complacer los deseos o necesidades de los demandantes de ese dinero. Sin embargo, en la realidad siempre existe la posibilidad de enfrentar problemas de liquidez para atender puntualmente las obligaciones contraídas, cuyo origen puede estar en incumplimiento de pago por parte de los deudores, en alteraciones en los ingresos vía depósitos o en una inadecuada programación de flujos de fondos, que no solo puede crear dificultades por la vía de los faltantes sino también por los excesos, en razón de que puede conducir a una situación de recursos ociosos con limitadas opciones para colocarlos en condiciones rentables.²⁰⁵

Es decir, las instituciones financieras deben financiar y fondear sus activos (fondos disponibles, portafolio de inversiones, cartera y otros activos) con sus pasivos (depósitos a la vista y depósitos a plazo de sus clientes). Para controlar este riesgo deben desarrollar políticas y procedimientos adecuados que permitan una correcta administración y control de la liquidez, entre estos, conocer la composición de sus activos y pasivos y el vencimiento de sus pasivos para poder establecer así límites prudenciales para el manejo de la liquidez, que permitirán una adecuada reacción de la entidad financiera.

Es por esto que la administración de un banco debe asegurar los niveles de liquidez para poder atender las obligaciones que contraiga con el público, ya sea de corto o de largo plazo.

²⁰⁴ Capítulo IV, “De la Administración del Riesgo de Liquidez, Título IX, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos.

²⁰⁵ Rafael Díaz Arias, *Aspectos de la supervisión financiera* (México D.F.: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1993), 4.

Además de estos riesgos mencionados, las instituciones financieras se encuentran expuestas a otras clases de riesgos, como son los reputacionales y operativos, además de la contracción del mercado, que en tiempo de crisis hace que se reduzcan las solicitudes de crédito de vivienda, siendo una de las causas de esta crisis el impuesto sobre el valor especulativo del suelo en la transferencia de bienes inmuebles, creado mediante la Ley Orgánica para evitar la especulación sobre el valor de las tierras y fijación de tributos, actualmente derogada,²⁰⁶ que gravaba la ganancia extraordinaria en la transferencia de bienes inmuebles.

3. Revisión de la limitación del derecho de libertad de empresa en relación a las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en la orientación del crédito

Como ya se mencionó en el primer capítulo, para que un derecho fundamental pueda ser restringido se debe revisar su justificación de limitación en base a tres juicios del principio de proporcionalidad, que son: proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad.

Así también lo ha indicado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-850/09:

No obstante, esta Corte ha señalado que si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, “esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”; por tal razón ha considerado que tal intervención i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.²⁰⁷

3.1 Principio de proporcionalidad

Carbonell menciona que el principio de proporcionalidad adquiere relevancia ya que se parte del hecho de que todos los derechos enfrentan la posibilidad de ser

²⁰⁶ Ecuador, *Ley Orgánica para evitar la especulación sobre el valor de las tierras y fijación de tributos*, Registro Oficial 913, Tercer Suplemento, 30 de diciembre del 2006. Actualmente derogada mediante Ley Orgánica derogatoria de la Ley Orgánica para evitar la especulación sobre el valor de las tierras y fijación de tributos, de conformidad con la consulta popular febrero de 2018, Registro Oficial 206, Segundo Suplemento, 22 de marzo del 2018.

²⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de 25 de noviembre de 2009” (Objeciones presidenciales al proyecto de ley 094/07 Senado, Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia, causa C-850/09), p. 54, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-850-09.htm>.

limitados, ya que no existen derechos absolutos.²⁰⁸ El principio de proporcionalidad se refiere a que el Estado no puede hacer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo las que sean idóneas para la consecución de fines legítimos, es decir, la más benigna entre todas las alternativas. Y que además logre un equilibrio entre los beneficios de su implementación y los perjuicios que representa.²⁰⁹

Es decir, este principio busca determinar si la limitación es proporcional a la restricción impuesta y, asimismo, si es justificada. Constituye así el límite de los límites de los derechos fundamentales y deben ser dadas solo cuando sea necesario para conseguir una finalidad justificada.²¹⁰

Así, el límite de los límites de los derechos fundamentales constituye “el conjunto de restricciones que el ordenamiento jurídico prescribe al Legislador y que éste debe cumplir cuando limita el ejercicio de los derechos fundamentales”,²¹¹ y estas restricciones pueden ser declaradas inconstitucionales, en caso de ser desproporcionadas. Y en caso de limitar derechos fundamentales sin razón, innecesaria e injustificadamente.²¹²

Como se indicó, el derecho a la vivienda y el derecho a desarrollar actividades económicas constituyen derechos fundamentales, por lo que es preciso revisar si las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera sobre este segmento afectan razonable y justificadamente, o no, a uno de estos derechos, teniendo en consideración que no existe colisión entre estos dos derechos sino entre el derecho fundamental y sus límites²¹³ para decidir cuál de los intereses debe prevalecer.²¹⁴

En el caso del porcentaje obligatorio de créditos inmobiliarios que deben entregar las instituciones financieras privadas a sus clientes, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera emitió esta resolución con el fin de democratizar el crédito, tal como lo establece el segundo inciso del artículo 308 de la Constitución: “El

²⁰⁸ Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos, 2008), 11.

²⁰⁹ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 82.

²¹⁰ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 523-4.

²¹¹ *Ibíd.*, 527.

²¹² *Ibíd.*, 529.

²¹³ Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 177.

²¹⁴ *Ibíd.*, 180.

Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito”.²¹⁵

Sin embargo, se considera que sí se restringe injustificadamente el derecho de la libertad de empresa, ya que -como se estudió- una de las características del núcleo esencial de este derecho de libertad es la facultad de dirección de la empresa, y en el caso de los bancos estos deben tener la libertad de escoger sus riesgos,²¹⁶ por lo cual antes de entregar el crédito tienen que realizar una serie de análisis, entre estos, precisan definir los límites de exposición del riesgo crediticio que la entidad está dispuesta a asumir, el mismo que debe estar acorde con el patrimonio técnico de respaldo de la entidad, para lo cual tendrá en consideración los riesgos crediticios, de mercado y de liquidez que tiene la entidad financiera. De acuerdo a este análisis, debe decidir el monto de los créditos que puede entregar, entre esos el inmobiliario.

El crédito, según lo conceptúa Jinesta Lobo, “constituye transferencia temporal del poder adquisitivo a cambio de la promesa de reembolsar ésta, más sus intereses en un plazo determinado y en la unidad monetaria convenida”.²¹⁷

En cambio la expresión operación bancaria es la operación que realiza una empresa bancaria o un intermediario financiero para captar recursos y otorgar crédito, ya sea a través de operaciones crediticias o de inversión y otros servicios a sus clientes.²¹⁸

Para el otorgamiento de los créditos los bancos deben obtener los recursos que necesitan para prestar a sus clientes, de las captaciones e inversiones que los mismos clientes le han confiado, sin embargo, los créditos hipotecarios son de largo plazo, generalmente entre diez a veinte años, y por el otro lado, las captaciones que realiza son en su mayoría de corto plazo, es decir, menos de un año. Cuando no existe una programación adecuada de los flujos ocurre el descalce, es decir, cuando se han concedido créditos a plazos más largos que las captaciones que realiza, que es de donde obtiene el fondeo de los valores que prestará. En este sentido, los bancos “deben ajustar flujos de efectivos de tal manera que pueda disponer siempre de liquidez para atender sus pasivos exigibles.”²¹⁹

²¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.308

²¹⁶ Marco Rodríguez, entrevistado por la autora, 30 de mayo del 2018.

²¹⁷ Ernesto Jinesta Lobo, “Contratos bancarios”, *Revista Banca, Bolsa & Seguros*, n. ° 5 (1990):

4.

²¹⁸ Jinesta Lobo, “El concepto de operación bancaria”, 7.

²¹⁹ Díaz, *Aspectos de la supervisión financiera*, 50.

En los anexos se muestran estadísticas de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador donde se pueden apreciar los históricos en cuanto a las captaciones que la banca ha realizado ya sea en depósitos monetarios, a plazo y de ahorros y los créditos que ha otorgado en los cuales consta el segmento vivienda.²²⁰

Es así como la misma fuente sostiene que para:

Diciembre del 2017: El saldo total de la cartera bruta se ubicó en USD 24.601 millones al cierre de diciembre de 2017, esta cifra representó un aumento mensual de 1,0%. En términos anuales, la cartera bruta creció en 20,7%. Los depósitos totales crecieron 931 millones en relación al mes anterior y su saldo cerró a diciembre de 2017 en USD 28.565 millones, es decir un crecimiento de 7,0% con respecto al mismo mes del año anterior. Anualmente, los depósitos monetarios, de ahorro y plazo crecieron en 1,7%, 7,0% y 13,6%, respectivamente.

Abril del 2018: El saldo total de la cartera bruta se ubicó en USD 25.640 millones al cierre de abril de 2018, esta cifra representó un aumento mensual de 2,1%. En términos anuales, la cartera bruta creció en 21,3%. Los depósitos totales decrecieron 504 millones en relación al mes anterior y su saldo cerró a abril de 2018 en USD 28.455 millones, es decir un crecimiento de 6,4% con respecto al mismo mes del año anterior.²²¹ Anualmente, los depósitos monetarios, de ahorro y plazo variaron en -4,4%, 4,7% y 21,3%, respectivamente.²²²

3.2 Criterio de razonabilidad e idoneidad

Sobre la idoneidad indica Bernal Pulido que “una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato. La idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar la obtención del fin”.²²³

Si bien es cierto que los créditos para la vivienda como el VIP y el inmobiliario han contribuido a que las personas obtengan sus viviendas, podría ser que en el futuro también las pierdan, ya que puede suceder que los bancos para cumplir con el porcentaje mínimo de colocación de créditos no analicen adecuadamente al sujeto de crédito en cuanto a su capacidad de cancelar el préstamo otorgado.

Además, la capacidad de entregar préstamos de la entidad financiera se ve amenazado, toda vez que la Resolución sobre la concesión de créditos obligatorios afecta el derecho de libertad de empresa ya que dispone que se concedan los créditos inmobiliarios, sin mencionar que los bancos deban analizar y tener en consideración la

²²⁰ Fuente Asociación de Bancos Privados del Ecuador, “Evolución de la banca”, accedido 30 de mayo de 2018, <http://www.asobanca.org.ec/> <http://www.datalab.asobanca.org.ec>

²²¹ *Ibíd.*

²²² *Ibíd.*

²²³ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 715.

capacidad de pago de los deudores y el calce de sus activos y pasivos. Si los bancos tan solo por cumplir la norma y entregar los créditos inmobiliarios, no consideran la relación de sus activos y pasivos y la capacidad de pago de sus deudores, podría acarrear un riesgo de liquidez, en perjuicio de los clientes del banco de otros segmentos, de sus depositantes y accionistas.

Sin que las condiciones de mercado sean iguales, esto podría asemejarse a los créditos denominados *subprime*,²²⁴ que ocurrió en Estados Unidos, donde, al existir un exceso de liquidez en el mercado los bancos empezaron a prestar dinero a una tasa más alta, para créditos hipotecarios a personas que no calificaban para los mismos, por lo que el riesgo de no cancelar era superior a la media de los demás créditos. Esta fue una de las causas que derivó en la crisis financiera del año 2008, ya que se sobrevaloraron los inmuebles hipotecados.²²⁵

3.3 Principio de necesidad

Bernal Pulido indica que “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”.²²⁶

El mencionado autor también indica que al hacer la comparación de los medios alternativos se debe revisar si otra opción reviste el mismo grado de idoneidad que la medida para lograr alcanzar el objetivo que se desea, y si afecta en menor grado al derecho fundamental. Estos medios alternativos deben existir al momento de expedirse la norma y que pueden ser idóneos para alcanzar la misma meta.²²⁷

Como se revisó en el primer capítulo, dentro de los fines del Plan Nacional Toda una vida se incluye el programa “Casa para Todos”, que busca garantizar el acceso a una vivienda digna a los ciudadanos más desfavorecidos. Este programa busca el otorgamiento de vivienda de interés social a través del Estado, en el mismo interviene la Secretaría Técnica del Plan Toda una Vida, el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, la empresa pública Casa

²²⁴ Marco Rodríguez, entrevistado por la autora, 30 de mayo del 2018.

²²⁵ Mytriplea, “La crisis *subprime*”, (accedido 30 de mayo de 2018), párr. 4, <https://www.mytriplea.com/diccionario-financiero/creditos-subprime/>.

²²⁶ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 740.

²²⁷ *Ibíd.*, 742-3.

Para Todos, BanEcuador, el Banco de Desarrollo del Ecuador y el Consejo Sectorial Social.²²⁸

Además, para que el sector financiero privado pueda otorgar créditos es necesario dinamizar la economía para que exista la demanda, la misma que en el sector inmobiliario resultó afectada por el impuesto sobre el valor especulativo del suelo en la transferencia de bienes inmuebles.

Por lo tanto, la obligatoriedad de la concesión de créditos no cumple este principio de necesidad, ya que si el Estado no puede cumplir con el otorgamiento del derecho a la vivienda, al ser este un derecho social, las instituciones financieras privadas no deben estar obligadas a suplirlo, ya que su principal objetivo es la intermediación financiera, en la cual deben velar porque existan las condiciones de liquidez favorables para poder otorgar los créditos.

4. Responsabilidad del Estado por la expedición de normas de direccionamiento del crédito

Uno de los principales principios constitucionales es el de la responsabilidad del Estado²²⁹, este deriva de la personalidad misma de la Administración, pues al ser titular de derechos también tiene obligaciones. Este principio de responsabilidad del Estado no siempre ha existido en la historia y ha evolucionado desde un antiguo régimen de irresponsabilidad estatal hasta una responsabilidad del Estado tanto contractual como extracontractual.

Hasta finales de la Edad Media el Estado no era responsable por los daños causados en su accionar. El Monarca era el representante del Estado, tenía un poder sin límite, ya que se consideraba que su origen era divino.²³⁰ La Revolución Francesa cambió ese estado de cosas, ya que estableció que la sociedad era el único origen del poder público y reconoció a la propiedad como un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado sin justa indemnización.²³¹

²²⁸ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Plan Nacional de Desarrollo, Toda una Vida”, accedido 27 de marzo de 2018, 67, <http://www.planificacion.gob.ec/>.

²²⁹ Javier Robalino Orellana, “El marco constitucional del derecho administrativo en Iberoamérica” (V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 2006), 196-7.

²³⁰ Eduardo Ortiz Ortiz, “La responsabilidad civil de la Administración pública. Responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo (ed.) *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana* (Madrid: Fundación BBVA Editorial Civitas, 1997), 776.

²³¹ *Ibíd.*, 777.

Señala Ramiro Saavedra que la doctrina ha atravesado por cuatro claras etapas que marcan la evolución en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y que permiten revisar la evolución de este principio en un sistema jurídico:

- 1) En las sociedades primitivas, en donde las personas que sufrían daño como resultado de la actuación del Estado carecían de recursos jurídicos contra este o contra sus funcionarios y debían, por lo tanto, soportar todos los perjuicios.
- 2) En la segunda etapa el perjudicado puede accionar contra los funcionarios, como si los actos dañosos de la Administración fueran propios de los funcionarios.
- 3) En la tercera etapa ya se considera que, en ciertos casos, los actos de los funcionarios pueden comprometer al Estado de manera indirecta.
- 4) La última etapa se refiere a que las personas que han sufrido algún perjuicio por la actuación del Estado tienen el derecho de actuar directamente de manera judicial contra este para reclamar la indemnización correspondiente.²³²

Es así que el actual Estado moderno se encuentra al servicio de las personas, por lo que es responsable del perjuicio ocasionado a los particulares en el desarrollo de la actividad estatal. En el Estado de derecho todo órgano de poder público es responsable ante la sociedad, sin excepción alguna, con el deber de adecuar su actuación al ordenamiento jurídico, y con la obligación de afrontar los perjuicios ocasionados a los administrados.²³³ Sin embargo, el Estado no solo puede ocasionar daño cuando administra, sino también cuando legisla y juzga.²³⁴

Así, el inciso segundo del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución indica que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios, y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.²³⁵

²³² Ramiro Saavedra Becerra, “*La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*” (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003), 37-8.

²³³ Diego Mogrovejo Jaramillo, “La responsabilidad estatal en la Constitución de Ecuador de 2008”, Foro, Revista de Derecho, n. °12 (2009): 74.

²³⁴ Jesús González Pérez, “*Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*”, 7.ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2015), 56.

²³⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 9, num. 11.

Esta responsabilidad del Estado en sus actuaciones ratifica lo indicado en el primer inciso del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, de que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”²³⁶, ya que al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos,²³⁷ todo poder, público o privado, está sometido a los derechos, los mismo que limitan y someten a todos los poderes, incluso al constituyente. Este es el fin primordial del Estado, los otros fines, al decir Ávila Santamaría, son secundarios frente a este y deben entenderse “funcionalizados a su cumplimiento”.²³⁸

Por lo tanto, la responsabilidad estatal constituye “el contrapeso jurídico establecido a favor de las personas para hacer frente al ejercicio ilegítimo del *ius imperium* estatal que ha vulnerado sus derechos”.²³⁹

Así, la responsabilidad administrativa tiene una doble condición: como garantía de los administrados y como elemento de orden y control de la administración pública.²⁴⁰

4.1 Responsabilidad del Estado por hechos del legislador

La responsabilidad del Estado de reparar daños causados por la actividad estatal se la conceptuaba solo para el poder ejecutivo, posteriormente comenzó a admitirse en los diferentes ordenamientos jurídicos la posibilidad de que el Estado también esté obligado a reparar los daños ocasionados por hechos o actuaciones imputables a las del poder judicial y legislativo.

La responsabilidad del Estado legislador se origina cuando “se han promulgado leyes de las que se han derivado perjuicios patrimoniales para un sector de la población que se encontraba en la misma situación”.²⁴¹ Sin embargo, también puede extenderse esta responsabilidad cuando se ha declarado inconstitucional a una ley, o cuando existe un vacío jurídico.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia, Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de doctrina y derecho comparado” (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 55.

²³⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “*Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*” (Quito: CEDEC, 2012), 5.

²³⁹ Mogrovejo, “La responsabilidad estatal en la Constitución de Ecuador de 2008”, 75.

²⁴⁰ Ernesto Jinesta Lobo, “Responsabilidad administrativa. Constitución y derechos fundamentales”, en Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII (México, D.F.: Marcial Pons, 2008), 978.

²⁴¹ González, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 62.

Existen opiniones a favor y en contra de este tipo de responsabilidad, ya que en un Estado de derecho se considera que no existe potestad más lícita que la legislativa, debido a que es el pueblo quien delega esta potestad a la Asamblea, por lo tanto, las leyes gozan de la presunción de legitimidad hasta que no se demuestre lo contrario.²⁴²

En Ecuador no se contempla expresamente en la Constitución la responsabilidad del Estado legislador cuando sus decisiones causa daños a los administrados, y estos no están en el deber jurídico de soportarlos, al contrario, en legislaciones donde sí se prevé como Colombia, España, Francia. Tampoco se contempla la responsabilidad del Estado por los daños causados por leyes que luego han sido declaradas inconstitucionales, ni por vacíos legales. Esto es así en virtud de que en el cuarto inciso del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, únicamente se menciona que: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”,²⁴³ no obstante, debe considerarse que en un Estado de derecho todos los poderes públicos tienen que responder por su actuaciones y son susceptibles de imputación por los daños que pudieran ocasionar.²⁴⁴

Por su parte, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández mencionan que “la responsabilidad patrimonial de la Administración puede surgir tanto de una actividad jurídica, ya sea que se plasme en un acto administrativo o en un reglamento, como de una actividad puramente material o técnica o, incluso, de una simple omisión”.²⁴⁵

Por lo tanto, la responsabilidad del Estado ya no debe restringirse solo a la actuación de la Administración, sino que su responsabilidad se amplía también a la legislación que crea, y esta abarca no solo a las leyes, también a la demás normativa de menor jerarquía que emitan las instituciones del sector público.

Sin embargo, todavía existe una parte de la doctrina, como Quintana López, que se inclina por una restricción de la responsabilidad del Estado-legislador, ya que, argumenta, luego la actuación del legislador perdería operatividad y la estabilidad del

²⁴² Ernesto Jinesta Lobo, “Responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Derecho Público de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo* (2005): 1-2.

²⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 9, num. 11.

²⁴⁴ María Consuelo Alonso y Eric Leiva-Ramírez, “La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 79-80

²⁴⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 12.ª ed. (Pamplona: Aranzadi, 2011), 386.

ordenamiento jurídico se vería afectada.²⁴⁶ También Parada Vásquez menciona que solo en la Constitución debe estar regulada la responsabilidad del Estado-legislador.²⁴⁷

García de Enterría y Fernández señalan que en España esta responsabilidad ha sido desbordada por la jurisprudencia contencioso-administrativa, ya que, con liberalidad, y sin revisar la constitucionalidad de las leyes, han dictado sentencias donde se establece una responsabilidad patrimonial producida por el Estado-legislador que ha tenido que soportar la Administración.²⁴⁸

Pese a esto, la jurisprudencia ha indicado que no necesariamente debe existir el control constitucionalidad de las leyes, así, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-038/06²⁴⁹, que cita a Ahumada Ruiz²⁵⁰, indica:

Entonces, el control de constitucionalidad no es un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

Uno de los títulos de imputabilidad de la responsabilidad del Estado por hechos del legislador es el principio de igualdad ante las cargas públicas, entendiéndose, como ya se indicó, que también entran dentro de este tipo de responsabilidad no solo las leyes sino también cualquier otra normativa de menor rango, como son las resoluciones.

La responsabilidad del Estado por hechos del legislador, tuvo su origen a raíz de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, en el artículo 13 de dicha declaración se estipuló: “Para el mantenimiento de la fuerza pública y los gastos de la administración, una contribución común es indispensable: ella debe ser repartida igualmente entre los ciudadanos, según sus facultades”.²⁵¹

La afectación al principio de la igualdad ante las cargas públicas se configura “cuando en situaciones análogas, se imponen cargas particulares se rompe la igualdad

²⁴⁶ Jinesta, “Responsabilidad del Estado legislador”, 4.

²⁴⁷ *Ibid.*, 5.

²⁴⁸ García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 425-6.

²⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de 1 de febrero de 2006” (Acción pública de inconstitucionalidad, *Caso* Demanda de inconstitucionalidad Félix Hoyos Lemus contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, p. 21-2, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>).

²⁵⁰ María de los Ángeles Ahumada Ruiz, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. ° 62 (2001): 307.

²⁵¹ Jinesta, “Responsabilidad del Estado Legislador”, 10.

ante cargas públicas y si tal desigualdad es efecto, por ejemplo, del dictado de una ley se impone el resarcimiento patrimonial".²⁵² Mogrovejo lo conceptúa:

Como el título jurídico de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, fundamentado en el perjuicio ocasionado por la actividad estatal que, aunque se encontrare autorizada, coloca al afectado en una situación inesperada y desigual frente al resto de conciudadanos (daño especial y excepcional), no encontrándose el afectado obligado a soportar esta ruptura del principio de igualdad (carga pública injusta) ni a probar la juridicidad y culpabilidad del agente público, sino únicamente la causalidad entre el hecho y el daño.²⁵³

Ahora bien, es necesario preguntarse si los accionistas de una institución financiera privada tienen o no el deber de soportar las cargas especiales que le impone la Administración.

Las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, que obligan a las instituciones financieras privadas de conceder un porcentaje de créditos inmobiliarios, causa un desequilibrio en las cargas públicas, ya que no todas las instituciones financieras se encuentran obligadas a conceder este crédito; por lo tanto, las entidades que sí se encuentran obligadas están expuestas a un deterioro en su cartera de crédito y a una mayor exposición al riesgo de liquidez, ya que para poder solventar este porcentaje obligatorio se estarían exponiendo a que no exista el calce entre sus pasivos (depósitos a la vista o a plazo), que son de corto plazo, equivalente a menos de un año, con sus activos (cartera de crédito), que en el segmento vivienda es de largo plazo, entre diez a veinte años. Por otro lado, se está trasladando al sector financiero la responsabilidad que le pertenece al Estado de dotar de vivienda digna a la población tanto a los beneficiarios de la vivienda de interés público como al segmento inmobiliario.

Adicionalmente, las instituciones financieras en caso de no colocar el porcentaje obligatorio de préstamos inmobiliarios se encuentran en una situación de incumplimiento de las disposiciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, lo que acarrearía una falta muy grave por no haber observado su disposición, la misma que a más de una sanción patrimonial para la institución, también puede acarrear la revocatoria de la autorización y remoción de los administradores, además de sanción para los accionistas, administradores, funcionarios o empleados.²⁵⁴

²⁵² *Ibíd.*

²⁵³ Mogrovejo, "La responsabilidad estatal en la Constitución de Ecuador de 2008", 90.

²⁵⁴ Disposiciones del Código Orgánico Monetario y Financiero: art. 260.- Infracciones. Las infracciones se califican como muy graves, graves y leves. Art. 261.- Infracciones muy graves. Son infracciones muy graves las siguientes: 2.-No observar las normas de la Junta de Política y Regulación

Asimismo, el artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero indica que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, al regular la orientación y direccionamiento de las operaciones de crédito de las entidades financieras, debe considerar segmentos, tasas de interés, garantías y límites de crédito, además del calce de plazos entre los activos y pasivos de las entidades reguladas²⁵⁵. Temas estos que no han sido analizados en las resoluciones sobre la orientación del crédito que ha emitido la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera²⁵⁶.

Este riesgo de liquidez se encuentra latente en caso de que no existan los recursos para que el banco pueda pagar sus obligaciones en el corto plazo. Uno de los mecanismos para mitigar los riesgos bancarios es la diversificación, es decir, colocar cartera en segmentos donde existe más rentabilidad, lo que permitirá financiarse para ofrecer mejores condiciones en el pago de tasas de interés para los depositantes.

Por otro lado, no se está tomando en consideración a los accionistas, a los depositantes y a los clientes de los otros segmentos del banco, para quienes los servicios financieros son necesarios. Por estas causas, Roger Mc Cormick indicó: “Parece ser que hay una creciente opinión de que no importa si, con el propósito de lograr el objetivo de hacer que el mundo sea un lugar mejor y más equitativo, la vida de los bancos y otras entidades financieras se hace cada vez más complicada”.²⁵⁷

Monetaria y Financiera y las normas y disposiciones que emitan las superintendencias. 8.- No observar las disposiciones sobre activos, límites de crédito, provisiones y orientación de crédito; art. 264.- Sanciones administrativas. Se establecen las siguientes sanciones: 1. Por infracciones muy graves, una multa de hasta 0,01 % de los activos de la entidad infractora, la remoción de los administradores y/o la revocatoria de la o las autorizaciones; Art. 268.- Sujetos responsables de la infracción. Son sujetos responsables de las infracciones la entidad financiera, sus accionistas, administradores, funcionarios o empleados y demás personas referidas en el artículo 276 que, por acción u omisión, incurran en las infracciones tipificadas en este código.

²⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

²⁵⁶ art. 209.- Orientación de las operaciones de crédito. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrá regular mediante normas la orientación y direccionamiento de las operaciones de crédito de las entidades del sistema financiero nacional y de las entidades no financieras que concedan créditos por sobre los límites establecidos por la Junta. Al efecto, considerará, entre otros, los segmentos, tasas de interés, garantías y límites de crédito. En ningún caso la Junta podrá intervenir en la definición de la persona natural o jurídica receptora de las operaciones de crédito. Para este propósito, la Junta considerará el calce de plazos entre los activos y pasivos de las entidades reguladas. La Junta podrá establecer incentivos para la implementación de esta disposición.

²⁵⁷ López, *La realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia*, 113.

5. Exención de responsabilidad del Estado indicada en el Código Orgánico

Monetario y Financiero

La Disposición General Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero, exime de responsabilidad al Estado y, por ende, a los miembros de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que dictaron normativa que pudieron afectar en la solvencia de las instituciones financieras:

Primera.- Límites de la responsabilidad. El Estado no será responsable de la solvencia de las entidades de los sectores financieros privado; popular y solidario; ni de las entidades que conforman los regímenes de valores y seguros privados y en ningún caso podrá asumir sus deudas.

La regulación y el control de los sectores financieros privado y popular y solidario, de valores y seguros, no trasladará al Estado la responsabilidad de la solvencia de las entidades que los integran.

Las resoluciones que ha emitido la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera respecto a los créditos obligatorios que deben entregar las instituciones financieras privadas pueden afectar su solvencia y sus niveles de liquidez, ya que al emitir dichas resoluciones no se ha tomado en consideración el calce de los plazos entre los activos y pasivos de las entidades financieras privadas, como lo establece el artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Por otro lado, como ya se analizó, el no cumplir las disposiciones puede acarrear sanciones catalogadas como muy graves, como son multa, remoción de los administradores e incluso puede llevar a la pérdida de la autorización para operar.

Esta disposición contraviene lo indicado en el artículo 233 de la Constitución, que indica que “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones”²⁵⁸. Además, deben rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad al ser las funciones públicas un servicio a la colectividad, de conformidad con el numeral 11 del artículo 83 de la Constitución.

En la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-038/06 se menciona que, según disposición constitucional, todos los funcionarios públicos se encuentran obligados a reparar cualquier daño antijurídico y, por lo tanto, la disposición constitucional abarca también a la función legislativa, que para que se configure solo basta con que exista un daño antijurídico que sea imputable a una acción u omisión de la

²⁵⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 233.

autoridad pública. Pensar que estos funcionarios no tienen responsabilidad sería contrario dentro de un Estado social de derecho.

Se citan a continuación extractos de la sentencia aludida:

[...] la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de *cualquier autoridad pública*. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.

De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos.

Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución.

Por lo tanto, determinar el régimen particular de la responsabilidad del Estado legislador, o si se prefiere los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República, es una tarea que en todo caso corresponde precisar al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso administrativa, como juez especializado en la materia. Al respecto resulta particularmente ilustrador observar la evolución de la figura desde la perspectiva del derecho comparado y en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.²⁵⁹

En Costa Rica, en el Expediente 03-004693-0007-CO, Resolución 2004-05207 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictado el dieciocho de mayo del dos mil cuatro, caso donde se revisó la exoneración de responsabilidad civil, indicada por ley, de los funcionarios responsables de dotar de agua a la población, se resolvió que la exoneración de responsabilidad es posible cuando los daños y perjuicios causados se deban a “fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero, falta de

²⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Acción pública de inconstitucionalidad, *Caso* Demanda de inconstitucionalidad Félix Hoyos Lemus contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, p. 21-2, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>).

nexo causal o lesión resarcible”.²⁶⁰ Además, indicó que no se puede establecer conductas exentas de responsabilidad administrativa:

La responsabilidad administrativa junto con la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 49 de la Constitución Política), son las piezas claves de un Estado Constitucional para la defensa de los administrados frente a las prerrogativas y privilegios formales y materiales con que la propia Constitución provee a los entes públicos para el cumplimiento de sus cometidos. Esta finalidad determina que el principio constitucional de la responsabilidad administrativa debe ser fortalecido y acentuado mediante una interpretación extensiva y no restrictiva, de la misma forma el legislador al desarrollar los sistemas de responsabilidad administrativa debe adecuarse al parámetro constitucional de una responsabilidad administrativa objetiva y directa, estándole vedado establecer conductas administrativas exentas o inmunes a éste y menoscabando los derechos fundamentales resarcitorio y al buen funcionamiento de los servicios públicos de los que son titulares todos los administrados.

Con base en los criterios expuestos, se considera que la disposición transitoria de la norma ecuatoriana transgrede el principio de la responsabilidad administrativa, ya que no cabe en el ordenamiento jurídico que existan personas, miembros de organismos colegiados o del Estado, que se encuentren expresamente exonerados de la responsabilidad en el ejercicio de su cargo, sin antes haberse revisado los daños o perjuicios que pudieran haberse causados y el nexo causal o fuerza mayor que pudieran existir.

5.1 Vías de reclamación

Al emitirse un acto por parte del Estado existe la posibilidad de poder impugnarlo en vía administrativa o judicial, y de reclamar la indemnización por el perjuicio ocasionado con la consecuente responsabilidad pecuniaria del funcionario responsable.²⁶¹ Esta reclamación al funcionario público se la puede interponer en conjunto con el estado, para así evitar su impunidad.²⁶²

En virtud del numeral tercero del Art. 86 de la Constitución, en el cual se establecen las garantías jurisdiccionales, se busca una reparación integral del derecho vulnerado, y una de las formas de esta reparación es una compensación económica o patrimonial, para lo cual debe probarse el daño, en caso de haberse causado.

²⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Expediente 03-004693-0007 –CO, Resolución 2004-05207, 18 de mayo del 2014 http://www.ernestojinesta.com/_SENTENCIAS/04-005207.HTM

²⁶¹ Gordillo, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, 537.

²⁶² *Ibíd.*, 537.

Al considerarse que la mencionada Resolución afecta un derecho reconocido en la Constitución, que es el de libertad de empresa puede el accionista afectado interponer una acción de protección.

Frente a la exención de responsabilidad de los miembros de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera esta resulta inaplicable ya que por mandato constitucional todos los servidores públicos deben rendir cuenta y responder por sus actuaciones.

Conclusiones

1. El sistema que rige en el país es el social y solidario, en este sistema el ser humano es sujeto y fin de la economía, se busca la equidad, la redistribución de la riqueza y democratizar el acceso al crédito basado en el buen vivir. Para lograrlo es necesario que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, por lo que el sistema económico debe promover la solidaridad y una redistribución de la riqueza y de la economía, es así que el Estado interviene a través de políticas públicas que permitan cumplir con las metas y objetivos de la planificación nacional. Uno de los derechos del buen vivir es el acceso a una vivienda digna y adecuada. Los requisitos mínimos que una vivienda debe tener, para ser considerada digna, son: 1) seguridad jurídica de la tenencia; 2) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; 3) gastos soportables; 4) habitabilidad; 5) asequibilidad; 6) lugar; y, 7) adecuación cultural.

Para lograr el buen vivir no solo es responsabilidad del Estado la planificación, sino que también las personas y colectividades tienen la obligación de participar en la planificación del desarrollo nacional y local, así como en la ejecución de los planes de desarrollo del país. Para ello el Estado puede planificar, ya sea directamente u orientando la planificación en ciertos sectores que tienen relación con el interés público en ciertas áreas relevantes para la economía del país como es el sector financiero.

2. El servicio financiero se lo ha conceptualizado en la Constitución como servicio de orden público, sin embargo debería considerarse como un servicio de interés público, ya que es depositario de la confianza de sus clientes y al realizar la intermediación financiera atiende los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país; además, los recursos captados en la intermediación financiera deberán servir para el fortalecimiento de la inversión productiva nacional y el consumo social y ambientalmente responsable, así, los bancos al otorgar créditos deben revisar y controlar el destino que se le dará. La intervención y regulación en el sector financiero por parte del Estado es necesaria para que exista una adecuada redistribución de la riqueza y democratización del acceso al crédito.

3. Entre los derechos de libertad consagrados en la Constitución se encuentra el derecho a desarrollar actividades económicas, este derecho ampara a todos los empresarios ya sean personas naturales o jurídicas que busquen o no el lucro, sin

embargo, es necesario que la actividad que realicen sea habitual, no ocasional, organizada y que busque la producción de bienes y servicios. Las únicas limitaciones que deben tener es el respeto de los derechos de los demás y de la ley y ser ejercida bajo los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Este derecho de libertad de emprender es un derecho fundamental por la importancia que tiene para el ciudadano la propiedad o la libertad de actuación económica. Sin embargo, este derecho no es absoluto y tiene sus límites, estos límites deben ser necesarios y razonables y no pueden afectar el núcleo esencial del derecho que se restringe.

Las características fundamentales del derecho de libertad de empresa, por las cuales de no existir se desconfigura este derecho son: i) libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado, ii) libertad de organización del empresario, y, iii) Libertad de dirección de la empresa.

4. La orientación del crédito como método de planificación debe realizarse para buscar los objetivos del país, el sector bancario no debe ser ajeno a esta planificación nacional. Sin embargo, la planificación debe ser dada respetando el derecho de libertad de empresa, por lo tanto, no debe verse afectado su núcleo esencial.

Las resoluciones que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que orientan el crédito al segmento vivienda, indicando que sea obligatorio el destinar un porcentaje de los créditos que otorga al segmento vivienda, restringen injustificadamente el ejercicio del derecho de libertad de dirección de la empresa ya que no deja al empresario poder decidir sus riesgos.

5. Las instituciones financieras, al otorgar un crédito deben revisar sus riesgos crediticios, de liquidez y de mercado, y en los que respeta al potencial deudor, revisar la capacidad de pago y la estabilidad de la fuente de sus ingresos, para poder decidir en base a sus políticas internas si decide entregar o no un crédito.

Que se obligue a entregar créditos hipotecarios coloca a los bancos en una situación de riesgo de no poder cumplir con sus depositantes, además, pueden afectar su solvencia y sus niveles de liquidez, ya que para el otorgamiento de los créditos los bancos deben obtener los recursos que necesitan para prestar a sus clientes, de las captaciones e inversiones que los mismos clientes le han confiado, sin embargo, los créditos hipotecarios son de largo plazo, generalmente entre diez a veinte años. Por otro lado, las captaciones que realiza son en su mayoría de corto plazo, es decir, de menos de un año.

En caso de que una entidad financiera no cumpla con el porcentaje de colocación obligatorio, ya que puede suceder que no exista la demanda necesaria, estaría frente a un incumplimiento de las disposiciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, lo que acarrearía una falta muy grave por no haber observado su disposición, la misma que a más de una sanción patrimonial para la institución, también puede acarrear la revocatoria de la autorización y remoción de los administradores, además de sanción para los accionistas, administradores, funcionarios o empleados, lo que coloca a la institución financiera frente a otro riesgo.

6. No obstante, se considera que al ser los bancos motores del desarrollo económico, social y productivo del país, y al ser catalogada la actividad financiera como de orden público (interés público) y con el fin de lograr una democratización del crédito, debe regularse el crédito vivienda en lo siguiente: i) la tasa de interés debe ser dada a plazo fijo y no variable ya que no debe trasladarse el riesgo a los deudores en caso que dicha tasa suba; ii) la tasa de interés debe ser la más baja en consideración a los demás segmentos y ser remuneratorio es decir debe cubrir los gastos y costos incurridos por el banco. El banco así, revisará sus riesgos y capacidad y decidirá a quiénes prestará en base a los que cumplan sus políticas internas.

7. La resolución de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que obliga a las entidades financieras a entregar créditos inmobiliarios podría romper el principio de la igualdad ante las cargas públicas, y, además, vulneraría el núcleo esencial del derecho de direccionamiento de la libertad de empresa y a desarrollar actividades económicas, que es un derecho fundamental. Adicionalmente, no superaría la revisión de los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la limitación de un derecho fundamental, por lo que esta resolución debe ser reformulada en consideración al artículo 85 de la Constitución, que dispone que la planificación es una garantía de los derechos, ya que indica que cuando por los efectos de la aplicación de las políticas públicas un derecho constitucional es vulnerado o se ve amenazado, la política pública debe ser reformulada.

8. Pese a que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no consta la responsabilidad del Estado por hechos del legislador, considero que es viable su aplicación, tal como se lo ha hecho en otras legislaciones, en especial por haberse dictado normas que afectan el desequilibrio de las cargas públicas, las mismas que deben ser distribuida por igual.

9. No cabe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la exención de responsabilidad de los funcionarios públicos, ya que por disposición constitucional todos los servidores públicos se encuentran obligados a dar cuenta de su actuación.

Bibliografía

Fuentes doctrinarias

- Abramovich, Victor, y Christian Courtis. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Acedo Penco, Ángel. 1996-1997. “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y en la jurisprudencia”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura (14).
- Ahumada Ruiz, María de los Ángeles. 2001. “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”. *Revista Española de Derecho Constitucional* (62).
- Alonso, María Consuelo y Leiva-Ramírez, Eric. 2011. “La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*.
- Aragón Reyes, Manuel. 1995. *Libertades económicas y estado social*. Madrid: McGraw-Hill.
- Ariño Ortiz, Gaspar. 2003. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado. Gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- . 1995. *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Madrid: Ediciones Jurídicas.
- Ayala Mora, Enrique. 2014. *Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador. Historia Constitucional. Estudios comparativos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2012. *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito: CEDEC.
- . 2008. *Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia, Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- . 2012. “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano, Historia Constitucional. Estudios comparativos”. *Ponencia en Congreso Ecuatoriano de Historia*. Montecristi: Corporación Editora Nacional.
- Bassols Coma, Martín. 1988. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.

- Bernal Pulido, Carlos. 2007. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides Ordoñez, Jorge. 2013. “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Borboa Álvarez, Edith Patricia, y Sheila Delhumeau Rivera. 2017. “Reforma financiera y la responsabilidad social empresarial en el sector bancario de México”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*.
- Calderón Arcas, Romy. 2005. *La banca de desarrollo en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile. Cepal.
- Carbonell, Miguel. 2008. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, de Miguel (ed.) Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos.
- Crespo, Juan Manuel. 2017. “Sistematización conceptual del Buen vivir”, en Carlos Larrea (coord.), *en Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa*. Quito: Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, CAN.
- Cidoncha, Antonio. 2006. *La libertad de empresa*. Navarra: Aranzadi.
- Consejo Nacional de Planificación. 2018. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, Toda una Vida*,. Quito: CNP.
- Correa Henao, Magdalena. 2003. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- . 2009. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Courtis, Christian. 2009. *Notas sobre la justiciabilidad del derecho a una vivienda adecuada*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ONU Asamblea General. Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948. París.
- De la Cruz Ferrer, Juan. 1992. *Apuntes de derecho público económico. La intervención pública en la economía y en la empresa*. Madrid. Dykinson.

- De la Guerra Zúñiga, Eddy. 2017. “El fundamento constitucional de los principios que atañen a la Ley de Economía Popular y Solidaria”. *Derecho Económico Contemporáneo* (39).
- Díaz Arias, Rafael. 1993. *Aspectos de la supervisión financiera* . México D.F.: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos.
- Díez-Picazo Giménez, Luis María. 2013. *Sistema de derechos fundamentales*. 4.ª. Pamplona: Aranzadi.
- Escudero Soliz, Jhoel. 2018. *Crisis bancaria, impunidad y verdad* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Fernández de Cossío, Francisco. “Orden público en México: del impresionismo al puntillismo jurídico”. *Revista Jurídica del Instituto de investigaciones jurídicas*. n.º 2 (2011).
- Ferrajoli, Luigi. 2010. *Derechos y garantías*. 7.ª . Madrid: Trotta.
- Galán Melo, Gabriel Santiago. 2016. *Ecuador: prolegómeno a la constitución económica, el derecho a la propiedad en todas sus formas en la Constitución de 2008. Constitución económica en Latinoamérica: breves ensayos sobre el derecho a la propiedad y a la iniciativa privada* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. 2011. *Curso de derecho administrativo II*. 12.ª . Pamplona: Aranzadi.
- González Pérez, Jesús. 2015. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. 7.ª . Navarra: Aranzadi.
- Gordillo, Agustín. 2013. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Granda Aguilar, Víctor. 2015. *Contenido económico de las constituciones de Bolivia y Ecuador*. Quito: Ediciones Legales / Universidad Andina Simón Bolívar.
- Grijalva, Agustín. 2013. “La Constitución económica del Ecuador”. En *Estado, derecho y economía*, de María Elena Jara y Dunia Martínez (eds.) Agustín Grijalva, 60-79. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Jara Vásquez, María Elena. 2013. “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado”. *Estado, Derecho y Economía* (33).
- . 2013 “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo”. *Estado, Derecho y Economía* (33).

- Jinesta Lobo, Ernesto. 1990. "El concepto de operación bancaria". *Revista Banca, Bolsa & Seguros* (4).
- . 1990, "Contratos bancarios", *Revista Banca, Bolsa & Seguros* (5).
- . 2005, "Responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Derecho Público de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo*.
- . 2008, "Responsabilidad administrativa. Constitución y derechos fundamentales", en *Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII. México, D.F.: Marcial Pons.
- López Castro, Yira. 2017. *La realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia: una narración sobre la intervención constitucional en los contratos de vivienda*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Madriñán Rivera, Ramón Eduardo. 2001. *El Estado social de derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Mogrovejo Jaramillo, Diego. 2009. "La responsabilidad estatal en la Constitución de Ecuador de 2008". *Foro, Revista de Derecho* (12).
- Ortiz Ortiz, Eduardo. 1997. "La responsabilidad civil de la Administración pública. Responsabilidad patrimonial de la Administración pública". En *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, de Eduardo: Manuel Clavero Arévalo (ed.) García de Enterría. Madrid: Fundación BBVA Editorial Civitas.
- Parra, Lina. 2013. *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo del derecho al trabajo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Porras Velasco, Angélica. 2013. "Constitución económica y responsabilidad social de las empresas". En *Estado, derecho y economía*, de Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez (ed.). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Piaggio, Lucas. "La banca como servicio público: una ficción legal contra natura". *Federación Latinoamericana de Banca*. Último acceso: 30 de mayo de 2018. www.felaban.com.
- . 2013. "La Ideología del servicio público bancario. Nuevas reflexiones a la luz de recientes antecedentes normativos en Latinoamérica". *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais* (59).

- Pisarello, Gerardo. 2003. "El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad". En *Derechos sociales, instrucciones de uso*, de Víctor Abramovich y María José Añón y Christian Courtis, 181-201. México, D.F.: Distribuciones Fontamara.
- Ponce León, Fernando. 2016. "Aportes del Buen Vivir a la teorización sobre la sociedad justa". *Estado & comunes* (2).
- Prieto Sanchís, Luis. 1990. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- . 2007. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Robalino Orellana, Javier. 2006. "El marco constitucional del derecho administrativo en Iberoamérica". *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Quito.
- Rubio Llorente, Francisco. 1996. *La libertad de empresa en la Constitución*. Madrid: Civitas.
- Saavedra Becerra, Ramiro. 2003. *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Storini, Claudia. 2017. *Obligaciones del Estado y efectividad de los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Troya Jaramillo, José Vicente. 1998. "Naturaleza del derecho económico". *Estudios de Derecho Económico*.
- Trujillo, Julio César, y Agustín Grijalva. 2010. "El fundamento constitucional de la nueva economía". *La Tendencia*.
- Trujillo Vásquez, Julio César. 1995. "Modelos económicos e instituciones políticas". En *Ensayos. Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso*, de Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- . 2007. "La Constitución económica, más allá del neoliberalismo". *Foro, Revista de Derecho* (7).
- Valpuesta Fernández, Rosario. 2013. "Nuevas visiones sobre la empresa: la responsabilidad social corporativa. La experiencia europea". En *Estado, derecho y economía*, de Agustín Grijalva y María Elena Jara y Dunia Martínez (ed.). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Villaverde, Ignacio. 2008. "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El Principio de proporcionalidad", En *El principio de proporcionalidad y la*

interpretación constitucional, de Miguel (ed.) Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Vintimilla Saldaña, Jaime. 2015. “La constitución económica del Ecuador”. *Iuris Dictio: Revista de Derecho*.

Witker Velásquez, Jorge. 1985. *Derecho económico*. México, D.F.: UNAM.

Fuentes Normativas:

Ecuador. *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Registro Oficial 332. Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador, Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil. Suplemento del Registro Oficial 249, 20 de mayo del 2014.

Ecuador, Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial 123, 31 de octubre del 2017

Ecuador. Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. *Resolución* 045-2015-F. Registro Oficial 484, 21 de abril del 2015.

Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución* 217-2016-F. Registro Oficial 727, 6 de abril del 2016.

Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución* 58-2015-F. Suplemento del Registro Oficial 483, 20 de abril del 2015.

Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución* 209-2016-F, Registro Oficial 730, Suplemento, 11 de abril de 2016.

Ecuador. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Registro Oficial 439. Suplemento. 12 de mayo de 1994.

Ecuador. *Resolución No. SCVS-DSC-2018-0008*, emitida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en el Registro Oficial 219, de 4 de abril del 2018.

Ecuador. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Registro Oficial 78. Suplemento, 11 de septiembre de 2013.

Sentencias Nacionales

Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 026-10-SEP-CC” en caso 0343-09-EP. 3 de junio 2010.

Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 005-12-SIN-CC” en caso No. 0017-10-IN. 29 de marzo del 2012.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 001-12-SIC-CC” en caso No. 008-10-IC. 5 de enero del 2012.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 146-14-SEP-CC” en caso No. 1773-11-EP. 1 de octubre del 2014.

Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. 021-16-SIS-CC” en caso No. 0016-15-IS. 27 de abril del 2016.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 005-14-SCN-CC” en caso N.º 0026-11-CN. 10 de septiembre del 2014.

Sentencias Internacionales

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Acción pública de inconstitucionalidad. Caso Demanda de inconstitucionalidad Félix Hoyos Lemus contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. p. 21-2. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>).

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia de 25 de noviembre de 2009” (Objeciones presidenciales al proyecto de ley 094/07 Senado. Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia. causa C-850/09). p. 54. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-850-09.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia de 6 de abril del 2011 (acción pública de inconstitucionalidad)”. Caso Andrés Julián Estrada Otálvaro vs parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006. causa C-263/11, p. 16-7. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Expediente 03-004693-0007 –CO, Resolución 2004-05207, 18 de mayo del 2014 <http://www.ernestojinesta.com/ SENTENCIAS/04-005207.HTM>

Páginas Webs

Asociación de Bancos Privados del Ecuador. "Evolución de la banca", accedido 30 de mayo de 2018. <http://www.asobanca.org.ec/> <http://www.datalab.asobanca.org.ec>

Banco Central del Ecuador, "Tasas de interés", párr. 2, accedido 27 de mayo de 2018, <https://contenido.bce.fin.ec/docs.php?path=/documentos/Estadisticas/SectorMonFin/TasasInteres/Indice.htm>.

Diario El Comercio. 2015. *Vivienda usada se puede financiar al 6%*. 10 de mayo. Último acceso: 5 de junio de 2018. <http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-biess-vivienda-prestamoshipotecarios-afiliados.html>.

Mytriplea, "La crisis *subprime*", (accedido 30 de mayo de 2018), párr. 4, <https://www.mytriplea.com/diccionario-financiero/creditos-subprime/>.

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Plan Nacional de Desarrollo, Toda una Vida" Último acceso: 27 de marzo de 2018. <http://www.planificacion.gob.ec/>.