

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, Sede Ecuador**

**MAESTRIA EN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y DE SEGUROS**

**“EL SERVICIO BANCARIO Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR”**

**AUTOR: DR. ANDRÉS HIDALGO ABARCA**

**2009**

**Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.**

**Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.**

**Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.**

*Dr. Andrés Hidalgo Abarca  
Septiembre, 2009*

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, Sede Ecuador**

**MAESTRIA EN DERECHO FINANCIERO, BURSATIL Y DE SEGUROS**

**“EL SERVICIO BANCARIO Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR”**

**TUTOR: DR. ERNESTO ALBAN GÓMEZ**

**AUTOR: DR. ANDRÉS HIDALGO ABARCA**

**Quito, 2009**

## **ABSTRACT**

Cuando el Banco no entrega suficiente información e impone al consumidor o usuario ciertas cláusulas, sin que exista suficiente negociación, corre el riesgo de atribuírsele dentro de cualquier tipo de proceso, la calidad de arbitrario, aunque a veces no lo merezca del todo.

El Banco en su ámbito de acción diario, tiene que empezar a asumir moderadamente la atención en el contenido monetario y en su seguridad contractual, para brindar una misma importancia al demostrar al consumidor y autoridad competente, que ha cumplido con otorgar una buena información o mediado una correcta negociación.

Determinar las consecuencias, tratamiento de éstas y alternativas más adecuadas para salir adelante en las relaciones comerciales que celebren el consumidor financiero y el banco prestador de servicios, es el propósito de la presente tesis.

*A quienes no dejarán de ser los mejores: mis amados padres...*

*...y a Majo.*

**AHA**

## CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

#### CAPITULO I (Pág. 10)

##### EL DERECHO A LA INFORMACION DEL CONSUMIDOR EN EL SERVICIO BANCARIO

###### Subcapítulo I

El fundamento de la información como derecho básico del consumidor financiero.

###### Subcapítulo II

Aplicación del derecho a la información del consumidor en el servicio bancario, con énfasis en el sistema de crédito.

#### CAPITULO II (Pág. 36)

##### EL DERECHO A LA LIBERTAD DE NEGOCIACION DEL CONSUMIDOR EN EL SERVICIO BANCARIO

###### Subcapítulo I

Análisis de la libre negociación como derecho del consumidor financiero.

###### Subcapítulo II

El contrato de adhesión en el sistema bancario.

- a) Concepto de contrato de adhesión
- b) Características del contrato de adhesión
- c) Principales características del contrato de adhesión bancario en el crédito.
- d) Cláusulas prohibidas (abusivas)
- e) Remedios legales para evitar cláusulas abusivas.

#### CAPITULO III (Pág. 62)

##### EL BANCO Y SU DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

###### Subcapítulo I

Análisis de la libertad de empresa como derecho del Banco-prestador de servicios.

###### Subcapítulo II

El tratamiento del moderno servicio bancario ante los derechos del consumidor financiero.

## CAPITULO IV (Pág. 79)

### EL BANCO FRENTE A LAS RECLAMACIONES DE LOS CONSUMIDORES

Principales problemas legales, que en la práctica se presentan contra el Banco por la inobservancia del derecho de información y estipulación de cláusulas abusivas, con los consumidores financieros y sus sugerencias para evitarlos.

Régimen de reclamaciones y modelos de informes defensoriales

CONCLUSIONES

## INTRODUCCIÓN

Es vital dar a conocer, que si bien es cierto existen obras relacionadas a la protección y aplicación de los derechos del consumidor, puntualmente a la información y libre negociación; no deja de ser ajeno a la verdad, que al menos en el Ecuador, ha levantado muy poco interés el tratamiento que este tipo de derechos, dentro del servicio bancario específicamente significan. Podría existir -a lo mejor- uno que otro artículo, sin embargo reconozco, no conocer personalmente de una obra entera como la que pretendo iniciar y sujetar a consideración del lector.

Los consumidores financieros, más comúnmente llamados clientes, debemos tener conocimiento de los derechos que, por ostentar esta calidad en diversas actividades, son reconocidos por la Constitución, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, su reglamento y demás disposiciones en este contexto; así, exigir su cumplimiento, para aprender con su ejercicio, cuales son las obligaciones de cada uno de los involucrados.

Pero si a los consumidores financieros, les incumbe el compromiso con sus derechos y obligaciones, con toda la razón el Banco que figura como prestador de servicios de quienes inclusive no son sus clientes directos, deberá ser justo al tenerlos muy presentes, asumirlos como política institucional y respetarlos dentro de los límites legales plasmados para el efecto. A la postre, afianzar una representación de calidad de sus servicios y reconocimiento de responsabilidades mutuas, se verá beneficiado sin dudas tanto en el campo comercial, como en el monetario que no hay porqué dejar de mencionarlo como su razón de ser.

La idea del presente estudio, es contribuir a forjar una apropiada y moderna relación, que entre los consumidores financieros y el banco-prestador de servicios,

pueda sistematizarse a raíz de las buenas prácticas consuetudinarias, en beneficio del campo de la comunidad y del financiero, proponiendo opciones como medidas de avance contra las insuficiencias históricas, e instar a los consumidores financieros a exigir sus derechos y cumplir con sus obligaciones; y, al banco que analice y evolucione legítimamente en su posición de aparente superioridad tal cual es pensado por la sociedad, vigilando celosamente el cumplimiento de sus deberes, pero sobretodo, demostrándolo a quien no lo crea.

Al desplegar las diversas expresiones que traen consigo los derechos de información y libertad de negociación de los consumidores financieros, versus el derecho a la libertad de empresa reconocido a favor de los empresarios e inherente al Banco-prestador de servicios, comprenderemos los pilares fundamentales que tanta falta hacen al derecho ecuatoriano, por ello es otra prueba, que este tema ha sido poco desarrollado.

Los derechos aludidos en el párrafo precedente, se vislumbran dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con rango constitucional. La garantía de recibir bienes y servicios de óptima calidad la encontramos en el num. 25 del Art. 66 de la Carta Magna por un lado; y, del otro, la garantía constitucional de libertad de inversión está en el Art. 339, *ibídem*.

Definitivamente y para terminar, es de dejar constancia que el Derecho de Consumo, aparece tal cual novedad que parecería cubrir lo que el derecho civil por su falta de actualización, no lo ha previsto del todo, suministrando la aportación de equilibrio, entre un consumidor y un prestador de servicios, en sus gestiones emprendidas por razón de sus mutuos intereses. Empecemos entonces.

**CAPITULO I**  
**EL DERECHO A LA INFORMACION DEL CONSUMIDOR**  
**EN EL SERVICIO BANCARIO**

Subcapítulo I

**EL FUNDAMENTO DE LA INFORMACIÓN COMO DERECHO BÁSICO DEL  
CONSUMIDOR FINANCIERO**

Se advierte de la sección novena (Personas usuarias y consumidoras), capítulo tercero (De las personas y grupos de atención prioritaria), título tercero (Derechos) de la Carta de Montecristi, el nivel constitucional de la garantía a favor de las personas, de disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, *así como a una información precisa* y no engañosa sobre su contenido y características.

La protección constitucional que el consumidor hoy por hoy luce, ha evidenciado que no sólo su tutela, deba depositarse solamente en la Ley, aún cuando la fue investida de orgánica, vale decir, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC), cuyo num. 4, Art. 4, ha establecido que es derecho fundamental del consumidor, a más de aquellos consagrados en la Constitución, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil: el recibir la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar.

En la medida en que desarrollemos el alcance del derecho de información a la que los prestadores de servicios tienen que cumplir y los consumidores exigir, descubriremos los caracteres oportunos en la adquisición de servicios, puntualmente bancarios.

Esta potestad de la información, pensamos que el consumidor común puede haberla escuchado, pero pocas veces ejercitado en su sentido objetivo; que en caso de problemas futuros paradójica y mayoritariamente, se exige su tardío cumplimiento y sanción, hacia quien guardó “silencio”. He aquí lo apasionante de este subcapítulo, cuando inclusive, el consumidor al cual nos referiremos, tiene un calificativo especial, esto es, el de *consumidor financiero*.

### **1. El consumidor financiero y el prestador de servicios financieros.-**

La LODC, considera al consumidor, como toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello<sup>1</sup>.

Guillermo Cabanellas, en la última edición de su diccionario jurídico, sostiene que consumidor es “en lo económico, tanto como adquirente, en oposición al productor, industrial o comerciante, aun cuando no asimile o gaste materialmente”<sup>2</sup>.

Es entonces, que al consumidor financiero, lo entenderemos como la persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiere o utilice servicios ofertados por una entidad financiera.

Adriana Zapata de Arbeláez, ha resaltado a este tipo de consumidor, bajo las características que muy puntualmente enumeraremos y que nos permiten, diferenciarlo de otros:

1. Un sujeto que requiere de los servicios bancarios para su vida cotidiana (operativa)
2. Aquél cuya actividad genera ingresos y gastos a las instituciones vigiladas (financiera)
3. El principal “activo” de las instituciones financieras (comercial)

---

<sup>1</sup> Art. 2 LODC

<sup>2</sup> Cabanellas de Torres Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. II, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2008, p. 371.

4. Un individuo, entre otros muchos, que suscribe contratos de adhesión con las entidades vigiladas (jurídica)<sup>3</sup>

Llega a ser este tipo de consumidor, en razón a las características enunciadas, el pilar fundamental de las entidades cuyo desenvolvimiento en el sistema financiero, procuran como en cualquier campo, obtener cierto beneficio. Por ello, al cliente bancario, hay que transparentarle de la mejor forma posible los servicios que tiene la intención de contratar por el mercado volátil al que se ve enfrentado. Sin embargo, por motivo de esta volatilidad, es menester proponernos a analizar brevemente, si el inversionista como tal, puede o no, ser catalogado como un consumidor financiero.

A diferencia del común cuentahorrista, el cual deposita sus valores en un Banco para su custodia de forma profesional y en virtud a dicho depósito, ganar intereses por el saldo promedio y tiempo de permanencia en su cuenta; es el inversionista consuetudinario quién no sólo entrega su dinero para ganar más de cierto modo, sino, se halla enfrente del riesgo de no verlo de regreso.

Correcto, el inversionista que por ejemplo, entrega sus recursos para ser invertidos en un fondo de inversión, generalmente hace la entrega y se considera seguro que captará mayor rendimiento en contraste a una libreta de ahorros; comúnmente es así, pero su dinero no estará disponible en una cuenta de ahorros, sino, será invertido en varios títulos (certificados de depósitos, obligaciones, etc.) de diferentes emisores que conformarán su portafolio.

En consecuencia, si el cuentahorrista deposita su dinero, sabiendo que lo será utilizable cuando lo requiera e incluso, de no requerirlo, conoce de la obtención segura

---

<sup>3</sup>[http://portal.asobancaria.com/portal/page/portal/Portal\\_Eventos\\_Asobancaria/Memorias%20VII%20derecho%20financiero%202008/El%20Consumidor%20Financiero%20en%20la%20Perspectiva%20de%20la.pptx](http://portal.asobancaria.com/portal/page/portal/Portal_Eventos_Asobancaria/Memorias%20VII%20derecho%20financiero%202008/El%20Consumidor%20Financiero%20en%20la%20Perspectiva%20de%20la.pptx).

de un cierto rendimiento (intereses), es porque ha celebrado previamente un contrato de depósito con el Banco, es decir, está contratando sus servicios para que sus recursos estén seguros. Ahora, la actitud del inversionista, no encuadra en un depósito propiamente dicho, sino, celebra un servicio de inversión en la búsqueda de mayores provechos. Como vemos, es a la final, que ambos sujetos (cuentahorrista e inversionista) *contratan un servicio*.

No está por demás indicar, que en el argot del Derecho de Consumo, no todo inversionista en lo general, puede ser catalogado de consumidor. José Joaquín López, nos ayuda a entender mejor este planteamiento cuando sostiene que: “el inversionista es el que genera riqueza, puesto que identifica las necesidades de los consumidores e invierte para que sean satisfechas, generando empleos y haciendo crecer la economía<sup>4</sup>”. Así pues, aquel inversionista que no contrata un servicio de inversión, pero, invierte sus recursos en un determinado negocio (restaurante por ej.), no cabría en las definiciones de consumidor ya expresadas.

De otro lado, el Art. 2 de la LODC, define al prestador como las personas naturales o jurídicas que en forma habitual, prestan servicios a los consumidores.

Sobre este particular, es menester esclarecer, que en virtud a los propósitos del presente trabajo, las entidades financieras privadas a las que haremos mención e intervienen como prestadores de servicios financieros, serán *los bancos*, por así definirlos la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF)<sup>5</sup>, en su codificación de fecha 10 de enero del año 2001.

---

<sup>4</sup> <http://www.anecdotario.net/economia-basada-en-el-consumidor/>

<sup>5</sup> v. Art. 2 LGISF

## 2. Ejercicio y contenido de la información

Pensamos que la práctica del derecho a la información, incorpora por un lado, la demanda pertinente del consumidor (financiero) acerca de las características del servicio a ser contratado en virtud de su interés personal o económico; y, por otro lado, la enunciación del prestador de servicios (banco) de estas características, no en sentido general, sino -aunque discutible-, indagar la conveniencia comercial y hasta legal, de ir un poco adelante, indicando al consumidor datos extras que se poseyeran de otras contrataciones análogas.

O por último, deberemos comprender que al interesarse y explicarse un servicio, que haya sido materia de oferta o no, se discutirá como mínimo sus tipos, condiciones, tiempo, costos y demás aspectos determinantes de la cuestión.

Muy interesante, es leer lo dicho por Muriel Fabre-Magnan, citado por Roberto M. López Cabana, esta cita enuncia, que “existe un deber de informar, genérico, en materia contractual, y tiene vinculación necesaria con el silencio, ya que si jurídicamente alguien está precisado a pronunciarse (...) es porque a su silencio corresponderá una sanción<sup>6</sup>.

El deber de información, es impuesto según las citas de Roberto López a:

[...] quienes produzcan, importen o comercialicen cosas o presten servicios, se justifica en razón que se enfrentan en esta peculiar relación un experto y un profano, y la ley tiene un deber tuitivo con es último<sup>7</sup>.

El porqué de la necesidad de una información al consumidor, radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor de conocimientos sobre los productos o servicios.

La finalidad que persigue la norma es facilitar la transparencia, con que el consumidor debe prestar su consentimiento, ayudándolo a formar su criterio clara y reflexivamente<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Muriel Fabre-Magnan, *De l' obligation d' information dans les contrats. Essaid une théorie*, edit. L.G.D.J., París, 1992, p. 2, citado por López Cabana, Roberto M. y otros, *Derecho del Consumidor*, Rosario, Ed. Juris, 1996, p. 45.

<sup>7</sup> V. Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad profesional: el experto frente al profano*, en LL, t. 1989-E, p. 847, y en *Derecho de Daños*, cit. p. 303, citado por López Cabana, Roberto M. y otros, *Derecho del Consumidor*, Rosario, Ed. Juris, 1996, p. 47.

<sup>8</sup> V. Pérez García, Pedro A., *La información en la contratación privada*, edit. Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, p. 18, citado por López Cabana, Roberto M. y otros, *Derecho del Consumidor*, Rosario, Ed. Juris, 1996, p. 47.

Termina López Cabana, señalando la respuesta doble del para qué, debe contar el consumidor con información:

- a) “tiende a proteger el consentimiento a prestar, y
- b) una vez formalizado el contrato, debe ayudarlo a utilizar satisfactoriamente el producto o servicio”<sup>9</sup>.

El capítulo IV de la LODC<sup>10</sup>, bautizado como “información básica comercial”, cuya concepción de conformidad con el Art. 2 de la LODC, consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, *al momento* de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio; ha pretendido abarcar, guiones mínimos de información que penosamente tildan de ligeros, al momento de efectuar la oferta de los servicios; pues, lo básico para este cuerpo legal, es que toda información relacionada al valor de servicios deberá incluir, en su valor final, el valor neto, impuestos y otros recargos; como así también, su prestación se la plasmará en castellano, en moneda de curso legal y en unidades de medida de aplicación general en el país.

Hacemos hincapié que el ejercicio de la información que recibe el consumidor financiero, es para el banco una obligación. El Art. 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ha *enunciado* que todo proveedor, entregará al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.

Estas enunciaciones que nuestra legislación, dice, conforman la información, son únicamente eso, enunciaciones y no puede ser tomada como un todo. Bien habría obrado el legislador, en darles un significado para una mejor comprensión y aplicación, pues éstas son la fuente de razonamiento y resolución de las autoridades competentes,

---

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 47.

<sup>10</sup> Desde el Art. 9 hasta el 16.

que concluyen en admitir o no la presencia de una información adecuada a la realidad, confluendo que la elección del servicio, fue razonable.

“Todo acto de consumo, implica evidentemente entrar en un proceso de comercialización, para lo cual se requiere información para las empresas en un principio y luego para el consumidor, hecho que sirve para satisfacer las necesidades de ambas parte, cuyo fin es decidir por el menor riesgo posible en la venta y en la compra de bienes o servicios”<sup>11</sup>.

Distinguimos del comentario reproducido, que el fin del acto de consumo, es decidir por el menor riesgo posible, por ende, la información debe patentizarse aún más, cuando el consumidor es un inversionista; escribimos esto, al recordar lo anotado entre las diferencias entre un consumidor cuentahorrista y un consumidor inversionista. Sin embargo, tal vez la diferencia más visible, es que a este último (inversionista) a pesar de la complejidad del servicio que contrata, aún se lucha según Darío A. Sandoval Shaik<sup>12</sup>, porque “entienda la información que recibe sobre los diversos valores que pueden constituirse en objeto de contratación y sobre las normas jurídicas que los regulan, con absoluta conciencia de sus derechos y deberes, a efectos de prevenir riesgos financieros que puedan derivarse de la falta de conocimientos esenciales. Dicha prevención de riesgos es un factor importante, aunque no definitivo, para evitar cuantiosas pérdidas derivadas de fraudes y escándalos financieros”.

En el Ecuador es vital la información que el prestador de servicios, como obligación legal, debe brindar al inversionista, pues a modo de ejemplo, las inversiones en fondos de inversión con fin de ahorro, no suelen ser cortas en cuanto a su plazo, por lo tanto, el buen desempeño del fondo frente al mercado y su evolución del rendimiento,

---

<sup>11</sup> Regalado Verónica, *La protección del consumidor*, Diario La Hora, Revista Judicial, 17 de septiembre del 2009.

<sup>12</sup> [www.estudioarauz.com](http://www.estudioarauz.com)

no es garantizado<sup>13</sup>. En estos casos, Verónica Regalado, comenta de una escena que bien podemos aplicar en este punto, aquella que “la información provista puede o no ser comprendida adecuadamente por el usuario, ya que requiere de un mínimo de conocimiento “técnico” específico, lo cual dificulta el poder evaluar fácilmente la información brindada, por lo cual esta pasa a ser intrascendente<sup>14</sup>”. Informar a un inversionista experimentado en el mercado de valores, no es igual que a una persona que recién desea ingresar a este mundo, sus dudas y hasta miedos, tendrán que ser abordados de la forma más profesional y didáctica, si cabe el término.

De otro lado, el desarrollo en cuanto al valor y contenido del derecho en exposición, queda estructurado para María José Reyes López, “en tres vertientes, que respectivamente atienden a su contenido sustantivo; a su estructura orgánica y a la instrumentación específica de los medios públicos de comunicación social. Dicho entramado obliga a distinguir entre el derecho a obtener información a través de las oficinas respectivas o de otros servicios, del contenido esencial de la información”<sup>15</sup>.

Un avance para Reyes en el derecho español, es que el modo de informar al consumidor acerca de un servicio, se lo recoja en una norma de protección específica creada para ese fin, pues caso contrario, “A lo sumo, cuando aparecían problemas en los que la parte compradora invocaba la falta de información sobre las características del producto o un conocimiento erróneo sobre su alcance, la doctrina y la jurisprudencia habían tendido a ver en ello un supuesto de dolo o misivo, de error o de falta de garantía en los vicios ocultos”<sup>16</sup>.

Eso corresponde que, el contenido de la información desde la perspectiva del prestador, se centre en la exposición punto por punto al consumidor, de datos veraces y

---

<sup>13</sup> v. lit. d), Art. 105 Ley de Mercado de Valores.

<sup>14</sup> v. Cit. 11.

<sup>15</sup> Reyes López, María José y otros, *Derecho de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, 2da. ed., p. 277.

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 278.

suficientes antes de cerrar una negociación (precontractual); y, mientras dure la contratación del servicio hasta después de ella, dejar sentado los procedimientos, avisos y peligros de lo que fue ofertado. Por esto se hace imprescindible, que la legislación ecuatoriana, afine ortodoxamente este campo de la información, desde el punto de vista que su inobservancia para con los consumidores, concebirá el compromiso irremediable de subsanar.

Otro particular de relevancia, es el patentizar dentro de un proceso administrativo o judicial, que el prestador (banco), supo brindar la información justa de un servicio al consumidor, cuando éste último, así lo invocare como una ocurrencia a su favor; y, aquí, el principio conocido por todos “el que alega prueba”, lo razonamos basados en nuestra experiencia de un modo especial, debido a que, le ha resultado fácil al consumidor, argumentar que de habersele comunicado A o B circunstancia, no le hubiera sido presentado el problema objeto del pleito.

Así entonces, la carga de la prueba reincidirá contra el prestador, obligándose a demostrar que el consumidor no se informó responsablemente de las condiciones del servicio a consumirse, en tal virtud, no propició y ejerció el consumo racional y responsable del mismo; es decir, demostrar que si bien la conducta del consumidor no estuvo prevista en el correcto régimen del servicio, la lógica era no haberla pensado o peor aún, haberla efectuado.

En la misma línea de lo anterior, es vital, justificar que el servicio antes de ser divulgado al mercado, fue puesto en circulación con vasto avance de la técnica o de la ciencia aplicada.

Con todo, ¿Cómo combatir la falta de información que sufren usuarios y consumidores de servicios? Básicamente Francisco Javier Funes<sup>17</sup>, puede darnos un guía:

[...] participando y buscando formas y medios de comunicación alternativos a los medios de comunicación de masas.

En este sentido debe constituir un fin primordial para el Estado el tender a que la asimetría de información existente por diversos motivos (tecnológicos, logísticos, económicos, de capacitación) entre estos actores sociales sea la de menor grado posible, para que, la tutela constitucional de los usuarios y consumidores sea una realidad y no una mera expresión de deseos, contribuyendo realmente, como reza el texto constitucional, a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

El tipo de asimetría reproducida y esbozada por Funes, nos propone reflexionar que el derecho constitucional de la información al consumidor (financiero); y, que el Estado responde por su empleo, arroja múltiples ventajas que el derecho positivo todavía no implementa a menos en el Ecuador, como ejemplo, promover la competencia leal o evadir el monopolio. Claro está, para este cometido, es evidente cristalizar apropiadamente el derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos, plasmado inclusive en el num. 7, Art. 4 de la LODC.

### **3. La información y su relación con la publicidad**

Hablar de la información, es toparnos con el tema de la publicidad, la una con la otra, suelen desenvolverse paralelamente, aunque sus objetivos difieran: “la información es un servicio debido al cliente, un deber que es necesario cumplir; la publicidad, en cambio, apunta a la captación del cliente. La publicidad se encarga de alimentar el espíritu consumista, de manera que los anunciantes se encuentren en condiciones de decirnos qué alimentos comer, qué bebidas tomar, qué automóviles conducir”. Es criterio de Susana E. Lambois<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> <http://www.elsantafesino.com/opinion/2002/06/15/378>

<sup>18</sup> <http://www.salvador.edu.ar/lambo1.htm>

La publicidad, entiéndase a la comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio<sup>19</sup>. La LODC, trata a la publicidad como abusiva y engañosa.

La publicidad abusiva, considerada también todo modo de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales; es concretamente, toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva<sup>20</sup>.

En cambio, llámese a la publicidad engañosa, toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor<sup>21</sup>.

En tal sentido, para Ma. José Reyes<sup>22</sup>, debe alertarse al consumidor acerca de la publicidad engañosa y abusiva, que promete efectos milagrosos o pondera inadecuadamente las cualidades del producto sin que ellas se correspondan con la realidad. De la misma manera, la publicidad debe atender a la capacidad intelectual del consumidor al que está destinada, de forma de no confundir más al usuario o consumidor. Es común que la publicidad contenga exageraciones, que resultan

---

<sup>19</sup> Art. 2, LODC.

<sup>20</sup> Art. 2, LODC.

<sup>21</sup> Art. 2, LODC.

<sup>22</sup> Cita 15.

aceptables en tanto no superen lo que se ha dado en llamar el "dolo bueno", es decir aquél que no puede confundir a nadie en tanto es de tal magnitud que nadie podría ser engañado, como la conocida publicidad de una marca de arroz que pregonaba que con un grano alcanzaba para cocinar una paella<sup>23</sup>.

Para mayor abundamiento, según la doctrina, se entiende que "la información que se le da al cliente está absolutamente ligada a la "publicidad" que este recibe, ya que el primer término consiste en los datos que se le deben suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o del servicio; mientras que la publicidad consiste en la comunicación comercial, que le motiva al consumidor a adquirir un bien o servicio, entendiéndose que evidentemente que una vez motivado el cliente por la publicidad, se le dará la información aún más específica del bien o servicio que a va adquirir<sup>24</sup>".

Así pues, dentro del campo que nos interesa, si un consumidor financiero, motivado por una publicidad, llegase a las oficinas de un banco para recibir información acerca de un producto bancario, será en aquel instante donde al banco le competará demostrar que estos dos tópicos (publicidad e información), mantienen entre sí, una razonable similitud de lo ofertado; pero obviamente, la información deberá ser más amplia que la publicidad.

"La objetividad exigida para la información, no es un requisito de la publicidad: antes bien se interna en la más absoluta subjetividad, al compás de los intereses del que publicita<sup>25</sup>." Atención con este particular.

---

<sup>23</sup> v. Cit. 15.

<sup>24</sup> v. Cit. 11.

<sup>25</sup> López Cabana, Roberto y otros, ob. cit., p. 48.

## Subcapítulo II

### **APLICACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL SERVICIO BANCARIO, CON ÉNFASIS EN EL SISTEMA DE CRÉDITO**

Sobre la base de lo explicado, quedó plasmado que la información comprende múltiples aspectos como variantes, debido a las características vistas en cada servicio; por tal razón, podemos avanzar directamente en lo relativo a cual es la importancia del derecho en estudio, en el contorno del servicio bancario.

El instante en que un Banco no entrega suficiente información, o en sentido contrario, cuando sí procedió en vigilancia al mismo pero no puede probarlo, suele pensarse que el consumidor financiero fue engañado para adquirir cierto producto financiero, por creer que aquel (banco) se centra concretamente en el contenido monetario como su rol de negocios e indebidamente en algunos casos, corre el riesgo de atribuírsele procesalmente el adjetivo arbitrario o dominante.

En el objeto social bancario, concluiremos que la principal funcionalidad de ser de los bancos, es la intermediación financiera, vale decir, recibir depósitos en dinero por parte del público, para entregar créditos a quienes tengan la capacidad financiera de responder por ellos.

En los préstamos o créditos, tal cual no puede ser de otra manera, centraremos nuestro interés.

#### **1. La información en los sistemas de crédito**

Todo lo que no se indica sobre costos y obligaciones, no puede ser exigido posteriormente. Los errores en la información publicada siempre van en detrimento del acreedor, a decir del alemán Udo Reifner<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Reifner, Udo y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999, p. 183.

Este tratadista, ha considerado que el precio a pagar en virtud del contrato de crédito, es el monto total del depósito y las cuotas que deberá abonar el consumidor, incluidos los intereses y demás costos. El interés debe consignarse de acuerdo con el plazo programado para las cuotas. Junto con los costos deben considerarse todos los gastos en que se incurra en razón de haberse pactado una operación con cuotas sujetas a interés, en lugar de efectuar el pago al contado. Esos costos comprenden aranceles, comisiones, gastos, cargos por solicitud y otros costos concomitantes, incluidos los costos de la prima del seguro del crédito y el monto total de los costos del seguro sobre el saldo deudor que deberá abonar el comprador<sup>27</sup>.

La información sobre el total de una deuda, es tratada por el Art. 47 de la LODC, que establece que el consumidor, al adquirir determinados bienes o servicios mediante sistemas de crédito, el banco estará obligado a informarle en forma previa, clara y precisa:

1. El precio al contado del bien o servicio materia de la transacción.
2. El monto total correspondiente a intereses, la tasa a la que serán calculados; así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales.
3. El número, monto y periodicidad de los pagos a efectuar.
4. La suma total a pagar por el referido bien o servicio.

*Esta misma norma:*

- a. Prohíbe, el establecimiento y cobro de intereses sobre intereses.
- b. Dispone, que el cálculo de los intereses en las compras a crédito debe hacerse exclusivamente sobre el saldo de capital impago. Es decir, cada vez que se cancele una cuota, el interés debe ser recalculado para evitar que se cobre sobre el total del capital.

---

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 187.

- c. Obliga, al banco a conferir recibos por cada pago parcial. El pago de la cuota correspondiente a un período de tiempo determinado, hace presumir el de los anteriores.

Debe informarse al consumidor en toda venta o prestación de servicios a crédito, que siempre tendrá derecho a pagar anticipadamente la totalidad de lo adeudado, o a realizar prepagos parciales en cantidades mayores a una cuota. En estos casos, los intereses se pagarán únicamente sobre el saldo pendiente, acorde lo establecido por el Art. 48 de la LODC.

En cuanto a las normas de carácter administrativo, que los bancos tendrán que observar en temas de información de los créditos a otorgar, son las emitidas por el organismo técnico de control Superintendencia de Bancos y Seguros (SBS), que se encuentran en el Título XIV (De la transparencia de la información), Libro I (Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones de Sistema Financiero), de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria; no obstante como dejaremos sentados, no se encuentran debidamente armonizadas con las últimas reformas a la LGISF, especialmente con las del 2008<sup>28</sup>.

Es el Art. 5, de la sección II, capítulo II, Título XIV<sup>29</sup>, ibídem, que manifiesta que para cada transacción crediticia que no corresponda a una tarjeta o línea de crédito (sobregiro) o afín, las instituciones del sistema financiero, entre ellas los bancos, deberán divulgar los siguientes antecedentes, tanto en la solicitud de crédito como en la liquidación de la operación:

1. La identificación de la institución del sistema financiero que otorga el crédito.
2. La tasa de interés por cada tipo de crédito y el interés de mora.

---

<sup>28</sup> Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre del 2008

<sup>29</sup> Artículo incluido con resolución No JB-2005-764 de 17 de marzo del 2005 y reformado con resolución No JB-2005-790 de 11 de mayo del 2005.

3. El detalle de las primas de seguros, explicación de su concepto y periodicidad de cobro.
4. La carga financiera, utilizando este término.
5. La suma del monto financiado más la carga financiera, usando el término suma total de cuotas.
6. La explicación descriptiva del concepto de carga financiera.
7. El monto líquido que el cliente recibe al instrumentarse la operación.
8. El número, monto y fechas de los pagos programados para repagar el crédito.

En la disposición administrativa aludida, aún consta que los bancos deben divulgar en la fase precontractual, el detalle de las comisiones, explicación de su concepto y periodicidad de cobro<sup>30</sup>; lo cual, se contradice a la luz del hoy por hoy Art. 201 de la LGISF, que fue sustituido por el Art. 9 de la Ley No. 2007-81 de la Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito, publicada en el Registro Oficial 135 del 26 de julio del 2007; y, posteriormente reformado por el Art. 11 de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 498 del 31 de diciembre del 2008, que impide a todo acreedor-institución financiera, cobrar cualquier tipo de comisión en las operaciones de crédito; igualmente los impide cobrar comisión o cargo alguno por el o los pagos anticipados que hagan sus deudores-clientes, cuando la tasa de interés pactada sea reajutable.

En el caso de que se trate de tasas de interés reajutable<sup>31</sup>, debe informarse con total claridad el parámetro que la institución del sistema financiero utilizará como base para el cálculo del interés variable y se lo hará constar en el contrato

---

<sup>30</sup> No fue detallada, en virtud de su incompatibilidad con la Ley.

<sup>31</sup> Art. 6, sec. II, cap. II, tit. XIV, SBS.

de crédito que los pagos periódicos pueden incrementarse o reducirse en forma sustancial.

De igual forma, desactualizadamente se refleja, que el banco prestador de servicios explicará el concepto de “carga financiera” al consumidor financiero, que conducido por el Ar. 10 de la sección III, capítulo II, título XIV, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, es la sumatoria de todo tipo de cargos reales asociados al crédito, pagaderos directa o indirectamente impuestos por la institución financiera acreedora como una condición para el otorgamiento del crédito, cuyos componentes son las *comisiones* por asesoramiento crediticio. Comisiones éstas, inaplicables para préstamos.

## **2. La información de pizarra**

Por disposición de la SBS en Art. 19 y siguientes, de la sección V, capítulo II, título XIV, los bancos dispondrán, en todas y cada una de las oficinas abiertas al público, de una pizarra de anuncios permanente y actualizada, que se situará en un lugar destacado, de forma que su contenido resulte fácilmente legible.

Las pizarras contendrán información detallada sobre los costos financieros de sus operaciones en los créditos de consumo, los microcréditos y las tarjetas de crédito, cuyos costos se publicitarán por separado en la misma pizarra.

Para el caso de los créditos comerciales y de vivienda, en la pizarra constará la tasa de interés.

Se toma como referencia la sección V, para efectos de la información contenida en la pizarra, los cobros máximos por servicios asociados a los créditos considerados obligatorios por la propia institución y obviamente los permitidos por la Ley, incluyendo cobros por concepto de tasa de interés, primas de seguros, costos por

administración de garantías y lastimosamente aún comisiones (pues a falta de reforma aún constan enunciados), todos ellos computados en forma anual<sup>32</sup>.

Conjuntamente para cada operación crediticia que no corresponda a una tarjeta de crédito, las instituciones del sistema financiero deberán divulgar, el valor de cada cuota y la carga financiera que debe pagar el deudor.

A más de lo señalado en los párrafos anteriores, las instituciones del sistema financiero informarán en pizarra sobre los aspectos determinantes del Art. 23, de la norma administrativa en estudio:

1. Que para obtener un crédito no es necesario tomar ni contratar otros servicios adicionales a los valorizados en la pizarra.
2. La tasa máxima convencional.
3. La definición de la carga financiera.
4. Que los impuestos y gastos notariales no se consideran para el cálculo de la carga financiera.
5. La existencia de un folleto de tarifas.
6. Referencia al Departamento de Atención de Clientes de la institución y a la Subdirección de Atención al Cliente de la Superintendencia de Bancos y Seguros.
7. Referencia a la normativa que regula la transparencia de las operaciones bancarias y la protección de sus clientes.

Es de indicar, que ante una supuesta de inobservancia a las disposiciones contenidas en el título XIV de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, se sancionará con arreglo a lo dispuesto en

---

<sup>32</sup> El concepto de cobros máximos significa que la institución puede cobrar tarifas inferiores a las informadas en pizarra, pero en ningún caso superiores. Art. 21, ibídem.

el Art. 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el cual a la letra determina:

Quando en una institución del sistema financiero sus directores, administradores, funcionarios o empleados infringiesen leyes o reglamentos que rijan su funcionamiento y dichas leyes o reglamentos no establezcan una sanción especial, o en los casos en que contravinieren instrucciones impartidas por la Superintendencia, ésta impondrá la sanción de acuerdo con la gravedad de la infracción, la misma que no será menor de 50 UVCs y no excederá de 3.000 UVCs.

La reincidencia de la infracción, de contravenir instrucciones impartidas por la Superintendencia, será de responsabilidad de la entidad.

Igual sanción se impondrá a cualquier persona o institución que sin tener las calidades indicadas en el párrafo que antecede, cometiese infracciones a esta Ley, sus reglamentos o instrucciones impartidas por la Superintendencia, cuando tales infracciones no tuviesen una sanción específica.

Si tomamos en cuenta lo sustentado con anterioridad, que lamentablemente el sistema de información en el sector bancario ha sido muy poco desarrollado y entendido por nuestro legislador, se evidenciaría que las sanciones no tendrían una mayor usanza o proporcionalidad.

#### **4. La realidad positiva de la información en el servicio bancario ecuatoriano**

Mostramos que el Art. 47 de la LOFC, nos introduce en la información que el consumidor financiero recibirá del banco prestador de servicios al contratar un crédito, o al menos, que debe compeler le sea entregada. La información versará sobre el total de la deuda, con los intereses, recargos y multas, etc.

Incumbe a esta clase de adquisiciones, bastantes propiedades que el consumidor financiero no tendrá que dejar pasar, pues el producto a recibir no es nada común, no es un vehículo, bicicleta o computadora cuya calidad al demostrarse ser deficiente, puede exigir una reparación gratuita y cuando no sea posible su reposición, a la devolución de la cantidad pagada; sino, el *producto* en si, es el dinero “materia propia casi siempre del contrato de *préstamo simple*; y eso mismo origina un sentido antonomástico para el tecnicismo del deudor, referido al sujeto pasivo de una obligación consistente en una cantidad de *dinero*”<sup>33</sup>. Por ende, importante es para él, estar al tanto con conocimiento

---

<sup>33</sup> Cabanellas, Guillermo, ob. cit, t. 3, p. 281.

de causa, del dinero a serle desembolsado y que a la final se comprometerá a cancelar. La idea es comparar objetivamente, si es provechosa la operación.

Recordemos que el Art. 47 de la LODC, prescribe en resumen que el banco estará obligado a informarle en forma previa al consumidor financiero el precio al contado del bien o servicio materia de la transacción; el monto total correspondiente a intereses, la tasa a la que serán calculados, así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales; el número, monto y periodicidad de los pagos a efectuar; y, la suma total a pagar por el referido bien o servicio. La ausencia de estos datos, puede inducir a error al instante de la compra. Evidente entonces, es que si el banco al menos logra cumplir, reflejar y probar -de ser el caso- con los datos mínimos y generales exigidos por la Ley en el instrumento correspondiente, puede preverse su nulidad e interpretarse, una práctica abusiva por no haberse materializado una información precisa.

Bien es cierto, que de conformidad con nuestra legislación civil la buena fe, se presume, más, la mala, debe probarse. El desconocimiento o el poco interés despertado por tratar de entender a fondo, la ventaja que resulta en pedir (consumidor financiero) y consumir (banco prestador de servicios) una relación contractual con condiciones reales y claras, tienden a desvirtuar la presunción dicha y pasar, a evidenciar una relativa malicia.

Aquí, es donde el banco prestador de servicios, deberá hallar varias y creativas modalidades para que, durante la aplicación convenida del servicio, apunte a definir su actuación en los límites fijado por la normativa de consumo; empero la creatividad no debe de ser destinada a cubrir algún modo de provecho ilegítimo, pues explicado fue, que entre las posibles consecuencias de excluir información, es el derecho del consumidor financiero a demandar la nulidad de una o más cláusulas o peor aún, la

totalidad del contrato; cuyo problema no terminaría ahí, sino continuaría por dificultosos campos procesales que reclamen una posible indemnización por daños y perjuicios de ser el caso; y, que en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor bien está consentido.

Para explicar más didácticamente, exponemos un caso como ejemplo, que tuvimos la oportunidad de leerlo: A comienzos del año 2006, una consumidora financiera acude a un X banco interesada por un crédito quirografario por US \$300,00; el banco, conocido entre los pocos que obvian formulismos y seguridades operativas, aceptó la concesión, entregando el valor precisado sobre el cual cobraría los intereses legales y comisiones por asesoramiento crediticio<sup>34</sup>. El valor acreditado en la libreta de ahorros de la cliente, fue de un poco menos a los US \$300,00 debido a los descuentos que regían en ese tiempo (impuesto SOLCA), sin embargo, en el pagaré que respaldaba la operación, se reflejaba un valor de US \$630,00, por tanto, las cuotas que en teoría pensó la cliente cancelar, se vieron duplicadas y hacían difícil cumplirla. La usuaria acudió a instancias de paz inicialmente, el banco X se limitó a contestar y presentar documentación de soporte. Los respaldos fueron analizados y se descubrió, que si bien en el pagaré a la orden constaba el valor de US \$630,00, coexistía una liquidación en la que se cobraba el capital, más intereses y US \$230,00 por concepto de comisiones (!).

Por no haber concertado previamente en esa etapa, el tema llegó a instancias judiciales, en el cual a pesar de respaldarse el banco X en el título ejecutivo, que pretendían significar su independencia y que la propia cliente al firmarlo voluntariamente, se obligó sin la existencia de ningún tipo de presión, en el Derecho de Consumo, NO fue motivo suficiente para desvirtuar la alegación de la cliente, es decir, la falta de información clara y precisa que entrevé mala fe en el negocio, toda vez que,

---

<sup>34</sup> No olvidemos que en esa época, aún regían comisiones.

se requirió la exhibición de la solicitud de crédito, que figuraba el valor correcto pretendido por la cliente y su liquidación, en la que no constaba una firma o rúbrica que acredite su consentimiento expreso, sino, un simple papel coincidente con el valor del pagaré a la orden. Fue una prueba de peso, el que la consumidora, demostró con sus estados de cuenta, el monto real que le fuera acreditado. Se llegó a determinar inclusive, que constaban valores ya cobrados, pero aún no prestados.

El banco X en sentencia, fue multado y obligado a cobrar el valor verdaderamente pactado, dejando a salvo la posibilidad de verse citado judicialmente por un resarcimiento en su contra.

### **5. Inconvenientes en los diferentes sistemas de crédito**

“Como accesorio o preliminar del negocio de consumo, el consumidor dispone en la actualidad de distintos sistemas de crédito destinado a la contratación de los bienes o servicios. Con frecuencia estas operaciones de crédito combinadas introducen al consumidor en un negocio tanto más comprometido y complejo de lo que supone la propia venta.

Tales operaciones pueden ser financiadas por el propio empresario proveedor o por terceros ajenos a la contratación. A su vez, las modalidades negociables varían desde las formas más clásicas (venta a plazo o en cuotas, apertura de crédito personal), hasta las más sofisticadas (círculos de ahorro, tarjetas de crédito, leasing financiero)”<sup>35</sup>.

Hemos visto, que el tantas veces insinuado Art. 47 de la LODC, trata de explicar el contenido del crédito a su contratación, empero la disposición y la Ley en general, se deducen de insuficientes ante las particularidades de algunos sistemas de crédito, no sólo dentro del campo informativo, sino, aplicativo.

---

<sup>35</sup> Zentner, Diego Hernán y otros, *Derecho del Consumidor*, Rosario, Ed. Juris, 1996, p. 87.

Diego Zentner<sup>36</sup> en resumidas cuentas, trae un punto discutido, al comentar que en la actualidad la tendencia de consumo, se direcciona a un circuito triangular (especialmente en la intervención de entidades financieras) que planea una deficiencia de la Ley; precisamente en lo relativo entre la operación de consumo y la crediticia, toda vez que los instrumentos de provisión de crédito no suelen regularmente consignar el destino de consumo de la operación, lo que impide determinar si la operación se encuadra en el marco tutelar de la Ley, considerándose en particular, una detección de prácticas irregulares a través de los sistemas de tarjetas de crédito y la operatoria de los planes de ahorro previo, las que -dice-, por su *tipicidad*, merecen especial atención del legislador.

Convoca a la discusión, el instante que los servicios financieros contratados no son destinados concretamente al consumo, pues a los productos bancarios le son inherentes múltiples opciones transaccionales y la Ley no ha entendido mucho sus esencias.

Elementalmente esta disyuntiva de determinar el fin para el cual fue concedido un préstamo, medita si el mismo no es estrictamente de consumo, no debería porqué ser regulado por la LODC, en otras palabras, que un banco otorgue un crédito hipotecario a un cliente, es lógico pensar que el objeto principal de la contratación, se centraría en la adquisición, remodelación o ampliación de una vivienda, por tanto, no vendría a forjarse un consumo en el estricto sentido de la palabra, sino el habitar en un bien inmueble cuyas defectos o vicios si los hubiere, no serían imputable al Banco, sino a quien vende el inmueble al cliente del banco, regularmente, el constructor .

Pero no justamente en esa línea procede la garantía hipotecaria, varias veces cuando es con el carácter de abierta y constituida a favor del Banco, alcanza a servir de

---

<sup>36</sup> Ob. cit., p. 88.

conformidad con nuestro Código Civil, para soportar las obligaciones que el cliente tiene contraídas o pudiese contraer con aquel (banco); nómbrese un sobregiro, una fianza bancaria, contrato de mutuo, etc.

Somos del pensamiento, que el hecho de que un crédito hipotecario se presuma para la adquisición de una vivienda; ó, si esa vivienda asegura obligaciones disímiles, no se pierde la implementación apropiada de la información que el acreedor (banco) tendrá que proporcionar a su deudor (consumidor financiero), acerca de las características de cada servicio (operación). Entonces, si el derecho a la información del consumidor financiero debe activarse en una relación definida, este servicio debe sujetarse a la Ley respectiva, en nuestro ordenamiento, a la LODC, sin perjuicio del destino lícito de los fondos.

Es de resaltar que existe otro tipo de garantías independientes a los instrumentos normales de préstamos y son, entre otros: pagarés, letras de cambio.

Con desconsuelo, nuestra legislación de consumo, no ha previsto o tratado de forma considerable los varios escenarios previstos, en el campo del apasionante Derecho Bancario, por ejemplo, no se ha hablado extensamente de las garantías que se presentan en los servicios bancarios; tampoco de la concentración de poder de una deuda por parte del acreedor, al emplear títulos valores (pagaré, letra de cambio) tal cual complementos a los contratos de mutuo; y, peor aún, existe un capítulo exclusivo sobre el servicio bancario y sus operaciones, que coadyuvarían a transparentar las relaciones entre el consumidor financiero y el banco prestador de servicios.

Ciertos aspectos que no han sido previstos por la Ley, en sentido contrario con la norma administrativa se han cubierto, tales como en el inciso final del Art. 15, cap. V (Constitución, funcionamiento y las operaciones de las compañías emisoras o administradoras de crédito de las instituciones financieras), del título I (De la

constitución), del libro I (Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero) de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, que regula abusos de los comercios afiliados a las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuando se demuestra que a través de este medio de pago o de afinidad, efectúan la venta o el suministro de bienes y servicios por valores superiores a los establecidos para sus ventas normales o de descuento, se dispone que la compañía de tarjeta de crédito y las instituciones financieras legalmente autorizadas, deberán dar por terminado el acuerdo de afiliación respectivo y notificarán del particular a la SBS, con el objeto de que disponga la suspensión de operaciones de todas las emisoras o administradoras de tarjetas de crédito con dicho establecimiento. En el caso de que las administradoras incumplieren esta disposición, serán sancionados conforme a la Ley.

¿Hasta qué punto una inobservancia por parte del Banco prestador de servicios a los derechos del consumidor financiero, en el campo judicial o administrativo puede extinguir una obligación? Evidentemente si ha concurrido dentro del documento de crédito estipulaciones prohibidas, hoy en día la Ley las declara nulas de pleno derecho como veremos en el capítulo que analizaremos posteriormente, no obstante el dinero al ser ya desembolsado a favor del consumidor, debe ser devuelto en lo justo.

Finalizando el capítulo, demostrar que el consumidor financiero en especial, ha recibido una adecuada información por el servicio contratado con el banco prestador de servicios, es complejo y no sólo en este campo.

Suelen firmar los consumidores financieros, el momento de contratar un crédito, cartas como aquellas que declaran haber recibido toda la información pertinente y relativa al servicio, sus bondades y consecuencias, en virtud de la legislación de

consumo y las resoluciones de la Junta Bancaria, preocupadas por concretar una eficacia a este derecho.

Firmar la constancia de haber recibido una adecuada información en la contratación de un servicio específico, puede ser una alternativa, no tan interesante, cuando en plena vigencia del servicio, se vislumbra una actitud positiva del banco prestador de servicios en recordar al consumidor financiero, cuales han sido las condiciones pactadas. Por ejemplo, se nos ocurre, el establecimiento dentro del contrato de mutuo, del dato en que los clientes fijen también como medio de información adicional, un correo electrónico personal para que el banco, pueda enviar mensajes electrónicos recordatorios, de la fecha máximo de pago mensual por el préstamo desembolsado, etc... con las bondades tecnológicas, resulta perfectamente viable cometer este tipo de ideas.

**CAPITULO II**

**EL DERECHO A LA LIBERTAD DE NEGOCIACION DEL CONSUMIDOR**

**EN EL SERVICIO BANCARIO**

Subcapítulo I

**ANÁLISIS DE LA LIBRE NEGOCIACIÓN COMO DERECHO DEL CONSUMIDOR FINANCIERO.**

La libertad de negociación, o conocida como la *libertad contractual*, establece el libre albedrío que dentro de un acto o contrato, las partes tendrán para fijar las condiciones a las que se enmarcaran, la relación comercial a celebrar; es decir, es el reflejo de un pacto de aceptación o no de estipulaciones, sin la presencia de algún tipo de constreñimiento.

Pero en su sentido amplio, esta libertad de negociación o contractual, incluye claramente dos elementos claramente distinguibles:

“La libertad de contratar o no contratar -llamada en el Derecho alemán *Abschlussfreiheit*-, y la libertad de fijar el contenido del contrato -llamada en el Derecho alemán *Inhaltsfreiheit*-. Ambos aspectos de la libertad contractual nunca son ilimitados, pues sufren restricciones derivadas de las normas imperativas que pesan sobre el contenido de los contratos y sobre la posibilidad de que ciertas personas participen de ciertos tipos de contratos<sup>37</sup>”.

Entonces, la libertad de negociación, en su sentido amplio no lo es todo, frente a asuntos esencialmente reglados y cuyos intervinientes tengan una calidad relativamente especial. Precisamente un caso característico, ocurre en las relaciones contractuales entre los consumidores financieros y los bancos prestadores de servicios, pues la idea,

---

<sup>37</sup> Cabanellas de Torres Guillermo, Ob. cit., p. 113.

no se trata solamente de proteger al contratante más débil, sino de apuntalar la correcta y general conducta de un sistema<sup>38</sup> en provecho de la sociedad.

En lo práctico evidenciar que el consumidor pudo negociar con el Banco cierto aspecto del servicio bancario, refleja su participación en el mismo, por ejemplo, aceptar por parte del banco una póliza de seguros, contratada por aquél y diferente a su grupo financiero pero que por razón de sus políticas, exijan esta contratación, verificaría plenamente la aceptación de la propuesta del cliente.

Cuando el Banco conoce que uno u otro aspecto del servicio fue verdaderamente negociado con el consumidor, pero éste en una reclamación alega su imposición, ha resultado interesante en ciertas situaciones, comparar el caso contractual del consumidor reclamante, con otro de iguales condiciones y expresar las ventajas que él sí obtuvo en el servicio que expresa su inconformidad.

Hay que tener en claro que de nada serviría informar al cliente en demasía un servicio, si no se evitan cláusulas abusivas en el contrato que plasme sus condiciones.

Adicionalmente, es la creación paralela de leyes inclinadas a promover una competencia leal, práctica y justa, que coadyuvaría a encontrar dentro de un mercado de ofertas como el de estudio, la realización óptima de empleo de una libre negociación; claro está, tal cual se asentó, aplicando normas mínimas de protección en los contratos que usualmente se implementan para el efecto.

### **1. Protección contractual del consumidor**

En su inc. 2º del Art. 1, de la LODC se dice: “El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y *protegiendo* los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes”.

---

<sup>38</sup> El sistema financiero.

Como es fácil advertirlo, la circunscripción del objeto de la Ley, se excede de la materia del contrato, pese a identificar plenamente que derechos protegidos, son los del consumidor, cuyo término lo entendemos a “toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello<sup>39</sup>”.

Pese a la crisis mundial de hoy, no han desaparecido las series de crédito que la “fábrica”, denominando así a un banco, puede llegar a ofrecer dependiendo de su fin, valga decir, para invertir en un negocio, pagar estudios, para adquirir bienes muebles (vehículos) o inmuebles (casas), etc., lo que aleja en ciertos momentos a estas operaciones crediticias de lo que supone la propia venta y sitiarle al consumidor financiero, en un negocio complejo. Aún así pensamos, que la naturaleza de la protección al consumidor financiero, debe ir en procura de una invariable situación.

Con esta realidad, hemos buscado algunas clasificaciones acerca de las distintas modalidades de operaciones crediticias, que intenten coincidir con la extensión de la tutela legal a todas ellas, porque la Ley no discrimina la calidad de los sujetos otorgantes del crédito ni los instrumentos de circulación del negocio crediticio, de conformidad a Diego Zentner<sup>40</sup>:

“Atendiendo la naturaleza del crédito: a) financiamiento directo, esto es, el que presta el propio proveedor de bienes y servicios; b) financiamiento indirecto, el concebido por terceros ajenos a la contratación.

Según la naturaleza de la operación: a) Operaciones tradicionales: compraventa a plazo o en cuotas, apertura de crédito personal, etc.; b) Operaciones complejas: círculos de ahorro, tarjetas de crédito, leasing financiero, etc.”.

---

<sup>39</sup> Art. 2 LODC.

<sup>40</sup> Ob. cit., p. 89.

El documento contractual más común, que suele implementarse dentro del campo bancario, es aquel cuyas cláusulas son repetitivas y su contenido uniforme para casi todos los negocios, me refiero, al "contrato de adhesión" que encierra condiciones creadas de modo unilateral (Banco-prestador de servicios). Dicho instrumento contractual, por ser muy importante en el presente capítulo, lo analizaremos más adelante minuciosamente.

Una de las protecciones al consumidor financiero, es la íntimamente relacionada con el derecho a la información visto en el capítulo anterior, ya que la transparencia en la composición del servicio bancario contratado, es un requisito previo y determinante en pro de la seguridad de la parte "más frágil". Pero esta particular tutela en cuestiones financieras, suele percibirse un complejo control, pero no por eso imposible de materializar.

Tantos eventos son los que se presentan en éste -así se dijo ya-, apasionante mundo del derecho bancario, como por ejemplo, cuando se otorga un crédito hipotecario, se ha hecho una práctica común que este contrato de hipoteca, sea constituido con el carácter de abierta y que al mismo tiempo de ser estructurada, se lleva a cabo la firma de un contrato diferente, el de mutuo. De esta forma, entrar el contrato de hipoteca abierta en un litigio judicial de consumo, no cabría, pues su naturaleza, alcance y demás particularidades, son regulados por el Código Civil; en consecuencia, sólo quedarán sujetos a las disposiciones de la LODC, todos los derechos del consumidor en los contratos afines, la oferta o la publicidad del crédito, entre otros.

Asimismo, la LODC, protege al consumidor financiero, otorgándole la facultad del pago anticipado, cuando principalmente se da el negocio que continuación se explica:

La práctica bancaria ha desarrollado un modelo convencional de amortización del préstamo de dinero bajo interés, en virtud del cual el prestatario, si bien continúa obligado principalmente a reintegrarlo al final del plazo previsto, se

compromete a realizar con anterioridad a ese momento una serie de liquidaciones parciales y a cuenta de la amortización final, en las fechas y de las cantidades que se prevén en el contrato. Las entregas parciales a cuenta del pago están dirigidas a satisfacer, de acuerdo con la proporción que se determina en una compleja tabla elaborada por la prestamista, tanto la deuda de intereses como la principal de capital.<sup>41</sup>

Este ejemplo, es muy habitual y en buena hora, se ha obligado a que en los contratos de mutuo fundamentalmente, se deje expresa constancia de lo establecido por el Art. 48 de la LODC, que faculta al consumidor financiero, a que en toda venta o prestación de servicios a crédito, siempre tendrá derecho a pagar anticipadamente la totalidad de lo adeudado, o a realizar pre-pagos parciales en cantidades mayores a una cuota. En estos casos, los intereses se pagarán únicamente sobre el saldo pendiente.

El derecho de pago anticipado, utilizándolo en un préstamo quirografario que, llamado también directo o en blanco; y, se lo asimila tal cual a: “una operación de crédito a corto plazo, que consiste en entregar cierta cantidad a una persona física o moral, obligando a ésta, mediante la suscripción de uno o varios pagarés, a reembolsar la cantidad recibida más los intereses estipulados, en el plazo previamente convenido<sup>42</sup>”, ¿podría incluirse en un pagaré? ¿dañaríamos su carácter ejecutivo? Recuérdese que en los propios pagarés elaborados por las instituciones del sistema financiero, se inserta una autorización expresa del consumidor financiero, que autoriza a que en caso de incumplimiento en el pago, se pueda de cualquiera de sus cuentas o inversiones, realizar el débito correspondiente hasta cubrir la totalidad de lo debido; instrucción ésta, que nos consta no ha generado algún problema mayor en lo judicial, haya logrado afectarlo, peor aún, un derecho legítimo y expresamente reconocido por el acreedor (prestador de servicios).

---

<sup>41</sup> Prats Albentosa, Lorenzo, y otros, *Derecho de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, 2da. ed., p. 245.

<sup>42</sup> <http://www.santander.com.mx/html/website/s50650.html>

Presenta indudable interés el estudio de la protección contractual del consumidor; siendo este preludio, materia de tratamiento profundo en el subcapítulo que entra, sin embargo, “es anotar que el proceso de formación contractual ha de considerarse iniciado desde la entrega por la entidad al prestatario de la oferta irrevocable<sup>43</sup>”. Esta figura de la oferta irrevocable (vinculante) trata el derecho español a la potestad del consumidor financiero de solicitar al banco un documento en el que se plasme las características del crédito que le fuera ofertado. Al documento en mención, le es atribuible una oferta vinculante, lo cual, en nuestro país no se encuentra debidamente reglado, pero eso no signifique que al ser derecho privado, este tipo de requerimientos por parte del consumidor financiero, puedan efectuarse más, llegar al punto de tomarlo como una oferta del carácter vinculante, en definitiva sería tema de discusión pues, las circunstancias que mediaren entre la oferta y la contratación definitiva, pueden no ser a veces imputables al prestador de servicios (banco). La vinculación inherente a este instrumento en la legislación española<sup>44</sup>, es por el plazo mínimo de diez (10) días hábiles, con independencia de que la entidad establezca un plazo superior para su caducidad.

## **2. Responsabilidad contractual del banco-prestador de servicios**

Será la principal responsabilidad contractual del banco-prestador de servicios, elementalmente el acreditar el *valor pactado* con el consumidor financiero y el mismo día de la celebración del contrato de mutuo, toda vez que, los intereses legales corren desde ese momento, a menos que se hubiese estipulado lo contrario, sin embargo en la práctica bancaria no se presentan muy a menudo esta última modalidad.

Hay que tomar mucha precaución, lo relacionado a la acreditación de los fondos producto del préstamo, en la cuenta del consumidor financiero. Concurren en el negocio

---

<sup>43</sup> Prats Albentosa, Lorenzo, y otros, ob. cit., p. 232.

<sup>44</sup> LCC.

bancario, otros anexos al instrumento crediticio que se deben tener a la vista y que son por ejemplo la liquidación del crédito, en el cual, constan el valor del capital, menos las deducciones por ley (impuestos) o contractualmente pactados (seguros), rubros que tienen que ostentar la aceptación expresa y previa del consumidor financiero, para soslayar problemas ante todo de ausencia de información.

El contrato legalmente celebrado, es como sabemos, ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales<sup>45</sup>; y, es su validez aún más manifiesta sin en caso de conflicto, las partes afirman sus derechos apoyándose en el mismo, sin que ninguna lo haya pues, impugnado, por lo que, así contemplado, dicho instrumento surte pleno efecto a ambos contratantes<sup>46</sup>.

Desde entonces, es que el banco prestador de servicios, tiene que concentrarse doblemente en la elaboración del instrumento contractual que servirá para viabilizar el negocio que regularmente por años, tendrá con el consumidor financiero para lograr su eficacia en lo futuro.

Generalmente, la responsabilidad civil derivada de un mal servicio plasmado en un contrato; y, contra el banco-prestador de servicios, se dará en virtud de la inobservancia de éste a las cláusulas acordadas con el consumidor financiero e incluso, extendiéndose aquellas que por Ley, son consideradas abusivas o prohibidas y que de por sí, la legislación ecuatoriana las invalida de pleno derecho, como ya lo analizaremos. Sobre el traer a colación, la apertura que la propia LODC, da al consumidor financiero para que ante los jueces competentes, pueda demandar daños y perjuicios si los hubiere, ya sea por este tipo de violaciones mostradas en los rigurosos contratos de crédito o por un patente defecto en el servicio bancario ofertado, durante su vigencia.

---

<sup>45</sup> v. Art. 1561 C.C.

<sup>46</sup> Resumido de la Jurisprudencia -4-XII-73 (GJ.S. XII, No. 4, p. 797)

En lo que respectaría a la responsabilidad penal de los bancos, el tema es mucho más extenso, si la suspensión del servicio ha causado fuerte daño al consumidor financiero, sobrepasarían lógicamente las órbitas del consumo. Por ejemplo, la institución financiera que se provocare una quiebra fraudulenta que impida pagar los valores que un consumidor financiero ostente en la misma. En resumidas cuentas, dice Baigún<sup>47</sup> que la imputación a la institución financiera por la concesión de créditos ruinosos, que provoca no sólo su autoperjuicio, sino fundamentalmente, un daño al orden económico. Dicho en su forma textual:

En tanto el comportamiento delictivo de los administradores que afecta los intereses de los accionistas es patrimonio del derecho penal convencional, el que realiza la empresa lesionando el orden económico pertenece a un sistema distinto, al sistema ad-hoc o subsistema; el bien jurídico fundamental ya no es la propiedad en la administración fraudulenta o el orden público en la asociación ilícita, sino el orden económico<sup>48</sup>.

Esto en cuanto a la institución financiera como tal que afecta un bien protegido como la economía, en tanto que de demostrarse que los miembros de algún directorio de una institución financiera, causaren algún perjuicio en razón a las ventajas que puedan ser inherentes a sus calidades, incluiría un delito de asociación ilícita, por lo tanto, lejos del derecho de consumo.

“En sentido muy amplio, el bien jurídico protegido es el patrimonio en su consideración objetiva, cuya lesión puede, en algunos casos, exigir un especial ánimo de lucro, entendido, como sinónimo de provecho en sentido amplio, que se obtiene de cualquier operación, negocio o acto, de la índole que sea, comprendiéndose cualquier beneficio, ventaja o utilidad, incluso meramente contemplativa, altruista, política o social<sup>49</sup>”.

---

<sup>47</sup> Baigún David y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999, p. 696.

<sup>48</sup> Ob. cit., p 696.

<sup>49</sup> Reyes López Antonio, y otros, *Derecho de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, 2da. ed., p. 560.

### **3. Responsabilidad del banco-prestador de servicios, ante servicios financieros especiales**

En las condiciones anteriormente señaladas, tampoco es ajeno a la exposición de la práctica bancaria, servicios financieros en que no medie un contrato, pero que en virtud a esta práctica, han sido muy utilizados. Para una mejor comprensión, los designaremos de trato directo o trato indirecto.

Los de trato directo, pueden concebirse a las gestiones que el banco-prestador de servicios en atención a su giro empresarial, interviene y conoce a fondo el servicio ofertado, por el simple hecho que el consumidor financiero, contrató con aquel y con nadie más.

Inmersos en estos acontecimientos (servicios financieros directos), está la figura más representativa que es la línea de crédito o comúnmente conocida como el *sobregiro*.

Conceder créditos en cuenta corriente contratados o no (sobregiro)<sup>50</sup>, es una operación que los bancos-prestadores de servicios, pueden efectuar. El Econ. L. Alberto Chiriboga<sup>51</sup>, expone que esta operación de sobregiro, bajo la condición de no contratado es:

Préstamos que conceden los bancos a los clientes sobregiran su cuenta corriente y en ocasiones no es indispensable la suscripción de un contrato. El Banco autoriza y efectúa el pago de cheques presentados por ventanilla o de los cheques presentados a través de cámara de compensación. Son considerados como títulos ejecutivos y devengan la máxima tasa de interés permitida [...] a la fecha de la concesión, más la máxima de mora vigente a la fecha de pago.

Sobregirar una cuenta, es un acto que puede o no estar contratado, al respecto, cuando no lo es, Andrea Brunet<sup>52</sup> lo incumbe en su denominada “reticencia del banquero a comprometerse en forma clara”. Ella reflexiona, que la reticencia del

---

<sup>50</sup> v. lit. g), Art. 51 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

<sup>51</sup> Chiriboga L. Alberto, *Diccionario Técnico Financiero Ecuatoriano*, Quito, JOKAMA, 2001, p.153.

<sup>52</sup> Brunet Andrea y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999, p. 666.

banquero es patente, mediante su abstención de instrumentar la convención de crédito por escrito, contentándose con dar a su cliente un acuerdo verbal que es muy difícil de probar, una vez que el crédito ha sido revocado.

Es el Art. 52 de la LGISF, el que prescribe que los bancos podrán conceder a sus clientes, sobregiros ocasionales en cuenta corriente sin que sea indispensable la suscripción de un contrato.

Acorde el Capítulo II, Título VI, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, las instituciones financieras autorizadas a captar depósitos monetarios, podrán conceder a sus clientes créditos en cuenta corriente, contratados o no, de acuerdo a las políticas de cada entidad otorgante, esto quiere decir, que la aceptación y forma de conceder un crédito sobre una cuenta corriente, queda supeditada a las prácticas bancarias internas de un banco-prestador de servicios, las cuales, se crean en razón a la experiencia vivida por aquellos, por ejemplo, es una política común e indiscutible, negar un sobregiro al titular que posea cheques protestados, toda vez que, con tal historial, ningún futuro acreedor arriesgaría su dinero a sabiendas de los antecedentes negativos presentados por el giro de este tipo de documentos bancarios.

La norma administrativa en comentario, además arbitra la concesión de un crédito en cuenta corriente contratado, en el cual, deberá existir la petición expresa del titular de la cuenta y la suscripción previa de un contrato.

La petición expresa y la suscripción de un contrato insinuadas, podemos deducir que se trata del contrato de cuenta corriente así concebido, el mismo que reglado por el Reglamento General de la Ley de Cheques (RGLCH), se lo toma como un contrato de depósito en cuenta corriente, en el que, el cuentacorrentista, adquiere la facilidad de depositar sumas de dinero y cheques en una institución bancaria y de disponer, total o

parcialmente, de sus saldos disponibles, mediante el giro de cheques u otros mecanismos de pago y registro<sup>53</sup>.

Por otro lado, no será necesario, de una petición expresa del titular de la cuenta corriente y/o suscripción previa de contrato alguno, para la concesión de un sobregiro ocasional.

Los servicios financieros de trato indirecto, serán aquellos en los que el banco presta su contingente o asesoría, para que un proveedor de bienes y servicios distinto y conjuntamente con su cliente (consumidor), puedan llevar de mejor forma sus relaciones comerciales, así por ejemplo, cuando una persona natural contrata un servicio de telefonía celular, a la vez que autoriza a la empresa proveedora de este servicio, para que sus consumos, sean debitados de su cuenta de ahorro o corriente.

Sin embargo esta figura, obliga a que el banco también se respalde de cierta forma cuando una empresa proveedora, usa sus sistemas informáticos para ordenar el débito de un valor correspondiente al consumidor o usuario. El mejor soporte, será tener en sus archivos un documento suscrito por el consumidor financiero o su representante, que refleje el consentimiento del titular de la cuenta.

Ahora, cabe explicar, que sucedería si el consumidor por cierto motivo, ya no deseara continuar recibiendo el servicio contratado con un tercero, el Art. 44 de la LODC ha prescrito que en los contratos de adhesión referentes a la prestación de servicios tales como, telefonía celular (en nuestro ejemplo), el consumidor podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, previa notificación por escrito con al menos quince (15) días de anticipación a la finalización del período en curso y aquí, de conformidad con el reglamento de la LODC, la empresa proveedora tendrá la obligación de comunicar a la entidad del sistema financiero correspondiente, a

---

<sup>53</sup> Art. 3 RGLCH.

fin de que se suspendan los débitos automáticos que hubieren sido autorizados. La norma de la cual, hacemos mención, es el Art. 42 Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la cual textualmente dice:

Art. 42.- Para dar cumplimiento al Art. 44 de la ley, una vez concluido el plazo señalado en tal artículo, la empresa proveedora tendrá la obligación de comunicar a la entidad del sistema financiero correspondiente, a fin de que se suspendan los débitos automáticos que hubieren sido autorizados. En caso de incumplimiento de esta obligación, el consumidor podrá acudir a la Superintendencia de Bancos, al Juez de contravenciones u otra autoridad competente, a fin de hacer cumplir su derecho. (lo subrayado no es del texto)

Tomemos en consideración que tanto las empresas proveedoras de bienes o servicios (ajenas al banco) como los consumidores, para facilitar sus relaciones comerciales, en cuanto al pago del bien o servicio ofertado, han optado por el débito directo contra una cuenta de los últimos (consumidores). Para pactar esta forma de pago, es imprescindible como se dijo, contar con la autorización por escrito del titular de la cuenta (consumidor), con ello, el proveedor a través del banco, pueda efectuar los débitos en la forma pactada.

Como lo ha entendido nuestra legislación, el Banco en estos casos, no interviene en las relaciones entre terceros proveedores y consumidores, y mal podría hacerlo, pues libremente ellos han estipulado las condiciones a las que se sujetará el bien o servicio, entre éstas, el mecanismo de pago. La intromisión del banco, ya sea a favor del consumidor o a favor del proveedor, deja la puerta abierta para ser reclamado administrativamente o demandado judicialmente.

No olvidemos que al incumplir el proveedor con comunicar a la institución financiera, la suspensión de los débitos pactados con su cliente y dentro del plazo fijado por el Art. 44 de la LODC, el consumidor, acorde el Art. 42 de su Reglamento, tiene la posibilidad de acudir a la Superintendencia de Bancos y Seguros, al Juez de contravenciones u otra autoridad competente, a fin de hacer cumplir su derecho. Lo dicho no quita (como se lo ha hecho), que el Banco pueda intervenir,

exclusivamente para buscar la anuencia de los involucrados y solucionen sus problemas, sin necesidad de continuar debitando los valores correspondientes. Es claro, que esta posibilidad se cristaliza con la decisión positiva de ambas partes.

## Subcapítulo II

### **EL CONTRATO DE ADHESIÓN EN EL SISTEMA BANCARIO**

No es ajeno al lector, que la actividad bancaria no puede dejar de considerarse amplia, más aún cuando la ejecución de sus actividades, son unos de los motores fundamentales para que las empresas produzcan con capitales frescos, o, a su vez, que las familias adquieran sus viviendas propias o planifiquen un ahorro para el futuro no muy lejano, etc.

Justamente al ser esta actividad, un pilar fundamental, son diversos los productos bancarios que pueden ser ofertados a los consumidores financieros cuya instrumentación, entre algunos motivos, por el volumen de clientes que ostentan muchos de ellos por su alcance nacional, se lo realiza mediante la celebración de los denominados *contratos de adhesión*.

“La disciplina contractual bancaria, está en mayor medida elaborada por la propia banca, favorecida además por la influencia que ejerce la idea de “recolección del ahorro” y la exigencia particular de protección de la empresa bancaria, bajo el perfil de “contención del riesgo”.

De la conjunción de estas circunstancias puede coincidirse -al igual que frente al consumidor general- en la necesidad de una intervención del legislador para tutelar adecuadamente al cliente bancario<sup>54</sup>”.

---

<sup>54</sup> Barbier Eduardo y otros, *Política y Derecho del Consumo*, Bogotá, Op. Editorial, 1998, p. 203.

## 1. Concepto

En virtud a ciertas realidades, catalogadas como excesivas contra el consumidor y en general, en varios campos comerciales, fue que la LODC, se dedicó a establecer ciertas reglas que sirvan para normar a los denominados contratos de adhesión y sus efectos.

Es el contenido del Art. 2 el siguiente:

“**Contrato de adhesión:** Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”.

Otro concepto que no se separa de la mayoría, es aquel que expresa a este instrumento tal cual:

“Un **contrato de adhesión** es un tipo de contrato cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes, con lo cual la otra se limita tan sólo a *aceptar* o rechazar el contrato en su integridad. Ejemplos claros de contratos de adhesión están dados por los llamados contratos de suministro de servicios públicos (energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía, etc.) o la mayoría de los contratos de seguro y contratos bancarios<sup>55</sup>”. (la cursiva no es del texto)

Veremos de la sección I, capítulo III, título XIV del Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, el concepto técnico que dentro de nuestro campo (derecho financiero), hemos podido encontrar:

---

<sup>55</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_de\\_adhesi%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_adhesi%C3%B3n)

“El contrato de adhesión, que es aquel que contiene estipulaciones previamente impresas por la institución del sistema financiero, deberá estar redactado con caracteres legibles no menores a un tamaño de diez (10) puntos, de acuerdo con las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato”.(reformado con resolución No. JB-2005-792 de 11 de mayo del 2005)

Las definiciones reproducidas del contrato en estudio, son tajantes y poco alentadoras para el consumidor, más aún el financiero por la esencia de los servicios bancarios, pues, lo fijan como un documento en el que, una de las partes (proveedor) se ha dedicado a crearlo con un solo criterio y el consumidor le guste o no, a veces por la necesidad que ostente para comprar el bien o contratar el servicio, debe de adherirse sin una previa discusión.

Esta adhesión, creemos menester resaltar, probablemente en la mayoría de los casos, no enseña una aceptación total a los términos del servicio, por tal razón, es que el servicio que entregue el banco prestador de servicios, tendrá que ser óptimo para que las incomodidades que pueda presentarse en sujeción al mismo, no sean tales en el sentido propio de la palabra; de aquí que, la buena información y buen trato al consumidor, coadyuvaría la relación contractual y comercial.

## **2. Características del contrato de adhesión**

Para nuestra legislación<sup>56</sup>, estos contratos de adhesión, tendrán particularidades específicas, su redacción exhibirá caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente

---

<sup>56</sup> Art. 41 LODC.

de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

De haber letras con tamaño de caracteres menor al arriba descrito, sencillamente nuestro derecho positivo, los entiende como no escritos.

Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la LODC, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen, por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo apruebe por escrito. Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato<sup>57</sup>.

De acuerdo con José Mélich Orsini<sup>58</sup>, hay constancia de elementos objetivos que este tipo de instrumentos contractuales suponen; resumiendo, su carácter contractual, compone un conjunto de cláusulas integradas en un formulario, que individualiza el tipo de contrato de que se habla o que están destinadas a integrar el contrato singular que las partes celebran; y, se presentan bajo la forma de una lista anexa o incorporada a tal contrato por vía de referencia (las llamadas: condiciones generales de contratación). Lo que interesa resaltar aquí -dice-, es que la integración de las cláusulas al contrato del caso no se produce ya a través de normas imperativas o dispositivas de carácter legal, ni por el juego de usos normativos o interpretativos; *sino por la incorporación voluntaria de las partes*.

---

<sup>57</sup> Art. 42 LODC.

<sup>58</sup> <http://www.zur2.com/fcjp/111/particu.htm>

La incorporación voluntaria de las partes señalada, viene a realizarse, el componente algo discutido, en el consentimiento del consumidor en general (se incluye el financiero) al vincularse a un contrato ya preestablecido; si él se halla verdaderamente interesado en un bien o servicio, no es esta una excusa para no leer las condiciones que lo circunscriben, tomando en cuenta inclusive, que es su deber el informarse responsablemente, es decir, si es real su interés y una vez se ha informado correctamente, sería uno de los casos en los que, podría justificarse que su aquiescencia no fue forzada.

Volviendo con Mélich, nace otro elemento objetivo, la adopción de la predeterminación de las cláusulas que conforman el contrato. Tal predeterminación, con frecuencia se lo interpreta como una ventaja económica o jurídica frente a su co-contratante (en este caso el consumidor), pero no se requiere, como han pretendido algunos, que ella ejerza un monopolio sobre el bien o servicio que es objeto del contrato.

Y es que la confusión aludida, en la sociedad en verdad se la siente, cuando a uno le imponen de ciertas condiciones sobre un bien o servicio, sin encontrar otro proveedor de renombre o a lo mejor, sin “recordar” de otro.

Un tercer elemento, caracterizado al contrato de adhesión, es la negación de toda oportunidad de negociación por parte del co-contratante que acepta las cláusulas predispuestas; así pues, es nuestra LODC que dice en la parte final del concepto del instrumento en estudio: “sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”.

Mélich al respecto de éste tercer elemento, es concreto al explicar la inferioridad del adherente, independiente del desequilibrio de las fuerzas económicas, pues en todo

caso, no importa quién haga la oferta de celebrar el contrato, sino a quién corresponde la iniciativa en la determinación del contenido del contrato.

Hay que aclarar, que el uso de este contrato tipo (como también se lo conoce), es generalizado, porque es susceptible de elaboración en masa, ya que su origen fue la necesidad de destrabar las relaciones comerciales entre las personas; por tanto, las características ya especificadas, entrarían al campo exclusivo de los actos que dentro del consumo se manifiesten, es decir, que quienes se adhieran a un instrumento para adquirir cierto bien o servicio, normado por la LODC, pueden ser tomadas en cuenta, no así, cualquier clase adherente. Refuerza este pensamiento, al mirar que en la propia definición de contrato de adhesión contenida en la Ley en ciernes, prescribe que sus cláusulas son las establecidas unilateralmente por el *proveedor*.

### **3. Principales características del contrato de adhesión bancario en el crédito.**

Sin perjuicio de que también en un contrato de adhesión bancario, deba sujetarse a los caracteres generales ya enunciados, son particulares aquellos encontrados en la sección I, capítulo III, título XIV del Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, de modo que, los contratos que las instituciones del sistema financiero celebren con sus clientes (consumidores financieros), no pueden contener cláusulas o estipulaciones contractuales que:

- a) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato, salvo que beneficien al deudor (consumidor financiero).
- b) Autoricen a la institución del sistema financiero a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar

cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al cliente.

- c) Incluyan espacios en blanco o textos ilegibles.

El artículo 3 de la normativa en ciernes (artículo incluido con resolución No. JB-2008-1083 de 26 de febrero del 2008), independientemente del cumplimiento del marco legal y en especial de las normas de protección al consumidor como se dijo, e incluso del deber de entregar al consumidor financiero toda la información oportuna, clara, adecuada y veraz, dispone sin excepciones, que toda institución del sistema financiero, deberá observar las siguientes reglas durante su proceso de concesión de crédito:

- a) Indicar al potencial cliente el contrato de crédito (comúnmente el contrato de adhesión) que va a suscribir en el evento de que se perfeccione la operación financiera, y se le debe señalar detalladamente las implicaciones y consecuencias jurídicas de cada una de sus cláusulas. Igual procedimiento se ha de seguir con cualquier otro documento que deba suscribir el potencial cliente, en especial con el título ejecutivo (pagaré o letra de cambio) que ampararía la operación crediticia.
- b) Se debe señalar al potencial cliente, o clientes en el caso de deudores solidarios, cuáles son las acciones jurídicas que podrá seguir en su contra la institución del sistema financiero, en el evento de que incumpla con las condiciones de pago de la deuda, previstas en el contrato.
- c) El garante debe ser informado acerca de lo que significa jurídicamente su condición de tal, así como del beneficio de excusión

del que puede hacer uso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2259 y siguientes del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anotado, si es que el garante debe avalizar un título ejecutivo como una letra de cambio o un pagaré, la institución del sistema financiero está en la obligación de advertirle de las consecuencias jurídicas de ello, especialmente en lo que tiene relación con la ejecución de acciones legales de cobro de la deuda y la imposibilidad de alegar el beneficio de excusión, de ser el caso; y, Se debe indicar tanto al deudor, o deudores solidarios, así como al garante, cuales son los criterios de calificación y clasificación del riesgo que se aplicarán a la operación crediticia que se concederá, lo que significan cada uno de ellos, y las implicaciones que ello conlleva para la información crediticia.

Se entenderá que estos procedimientos han sido cumplidos por la institución del sistema financiero si es que existe un adendum al contrato en el cual tanto el deudor o deudores principales, deudor solidario o garante declaran haber sido informados y aceptan las condiciones de la operación crediticia y de los instrumentos jurídicos que suscriben.

No deja de ser importante, traer de nuevo a la memoria, que en el contrato de adhesión, según el tipo de producto bancario, se contemplará expresamente el derecho que tiene el cliente de pagar anticipadamente la totalidad de lo adeudado o realizar prepagos parciales en cantidades mayores a una cuota. Los intereses se pagarán sobre el saldo pendiente<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> v. Art. 5 de la normativa en análisis y Art. 48 LODC.

Establecido por la LODC, que las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos, esta misma reglamentación administrativa, requiere de la entrega obligatoria de lado de las instituciones del sistema financiero a sus clientes, del contrato pertinente en todos los casos. Si no procede la entrega del contrato, se entregará el correspondiente comprobante de la operación realizada (Art. 6); en sentido contrario de proceder, conservará la institución financiera, el recibido del cliente en la copia del documento que le haya sido entregada.

En los documentos relativos a operaciones activas o pasivas (principalmente los contratos de adhesión bancarios), deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes elementos según corresponda (Art. 10):

- a) La tasa de interés nominal que se aplicará para el cobro de intereses. Cuando la tasa de interés sea variable se especificará, de forma precisa e inequívoca, la forma en que se determinará en cada momento.
- b) La periodicidad con que se calculará el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos.
- c) El valor de las comisiones (permisibles), que serán cobradas con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación; y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del monto absoluto de tales conceptos.

En particular, los contratos asociados a la emisión de tarjetas de crédito o de medios electrónicos de pago (tarjetas de débito, entre otros), o en los contratos sobre uso de sistemas telefónicos o electrónicos, de acceso a los servicios bancarios, reflejarán las comisiones (derogadas) que se deriven de su emisión o prestación, las ligadas a su renovación,

recarga o mantenimiento y todas aquellas vinculadas al uso, cualquiera que este sea, del medio electrónico

- d) El valor de las primas de seguros asociadas a los distintos productos otorgados por la institución del sistema financiero.
- e) Los derechos que contractualmente correspondan a las partes, en orden a la modificación del interés pactado o de las comisiones (derogadas) o gastos aplicados; el procedimiento a que deban ajustarse tales modificaciones que, en todo caso, deberán ser comunicadas a la clientela con al menos cinco (5) días de antelación a su aplicación; y, los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.
- f) Los derechos del cliente en cuanto al posible prepago total o parcial de la operación.

En todo caso, las modificaciones de los gastos aplicables en los contratos de emisión de tarjetas de crédito, o de medios electrónicos de pago, o en los contratos sobre uso de sistemas telefónicos o electrónicos de acceso a los servicios bancarios, deberán comunicarse previa e individualmente a los clientes con antelación no inferior a cinco (5) días.

#### **4. Cláusulas prohibidas (abusivas)**

Inmerso a la protección contractual que un consumidor financiero se ve amparado, concurren en el contenido de un instrumento de adhesión principalmente, estipulaciones o cláusulas de carácter abusivo, que prohibidas en los términos fundados por la Ley, son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno; éstas de conformidad con el Art. 43 de la LODC, también incluye a los servicios que prestan las Instituciones del Sistema Financiero. Serán las que:

1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.
2. Impliquen renuncia a los derechos que la LODC reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio.
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato.
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor.
7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles.
8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en la LODC, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas.
9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Así como se dijo, es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que considera nulas de pleno derecho y no surten efecto alguno, a las cláusulas prohibidas (abusivas),

pero, es elemental que para otorgar la calidad de abusiva a una estipulación fijada por el consumidor financiero y el banco prestador de servicios, es imprescindible que medie un fallo judicial y emitido por autoridad competente que decrete dentro de un proceso esa calidad.

De declararse una cláusula abusiva por autoridad competente, se entenderá no ser parte constitutiva del contrato pertinente. Ahora, ¿es también nulo el contrato en su integridad? pues pensamos inicialmente que no. Es el Art. 43 de la LODC, que trata única y exclusivamente de las estipulaciones que conforman un contrato, no su total comprendido. El dilema podría nacer, si la particularidad de abusiva, recae sobre una cláusula que regularmente detalla el objeto del servicio o de semejante influencia; y, si así fuera el caso, la contratación del servicio perdería todo su significado. Aquello, bien puede discutirse.

#### **5. Remedios legales para evitar cláusulas abusivas.**

Incuestionablemente, el mejor remedio legal sobre las cláusulas abusivas, es la incorporación en nuestra LODC, disposiciones típicas y suficientes, ajustables a la relación consumidor financiero y banco prestador de servicios.

La idea es buscar la esencia del servicio bancario, principalmente en lo atinente a la intermediación financiera. Por un lado, tomar conciencia que al estar facultados los bancos a recibir recursos del público en depósitos a la vista, que podrán constituirse bajo diversas modalidades y mecanismos libremente pactados entre el depositante y el depositario o, recibir depósitos a plazo, instrumentados en un título valor, nominativo principalmente, activan su responsabilidad (para los bancos) de velar por su custodia al ingresar en sus arcas. Si se presenta cierto inconveniente, el reclamo del consumidor financiero, no puede ser catalogado tal cual consumidor común, que adquiere una

refrigeradora dañada y quien se la vendió, se la repara u otorga una de iguales características.

Decimos, no puede el reclamo ser catalogado como la de un consumidor común, pues si somos sinceros, a nadie gusta perder sus recursos por causa de un mal servicio, más aún, si fueron ganados honestamente. En este campo, algo extra, traducido en lo emocional y la confianza; pues, la pérdida por lo regular se da muchas veces, tan súbitamente sin necesidad que transcurra un período de tiempo para analizar la calidad del servicio, por ejemplo, el pago de un cheque con firma falsificada, apropiación indebida de los dineros del consumidor financiero al verse víctima de una suplantación de identidad, etc., etc.

Los servicios bancarios, deben contener reglas muy claras sobre su aplicación, demostrar interés mutuo y negociación libre. Elementos éstos, reflejados en los instrumentos contractuales pertinentes, asentarán una relación armoniosa antes, durante y después de la celebración de un servicio.

Registrar paralelismo en los elementos declarados, sorte a cualquier ánimo de tildar de abusivo a quien, por lo regular, se estima tiene el control de la negociación, nos referimos, al banco-prestador de servicios. La situación se torna más delicada, al ingresar en el campo jurídico, repasemos que en subcapítulos ya vistos, quisimos explicar el alcance de decidir el dominio inmoderado de una cláusula en un instrumento contractual y regulador de cierto servicio bancario.

Anteriormente, era real la estipulación inmoderada que determinaba, si de suscitarse cualquier controversia, sólo el banco-prestador de servicios tenía la opción de demandar por la vía que crea conveniente, más, al consumidor financiero, no le reconocían su derecho a la reclamación; a su vez, que la mera insinuación por parte del banco que un cliente ha caído en mora, será suficiente para declarar la deuda de plazo

vencido, siendo prueba aceptable, su sola afirmación respecto de la exigibilidad del crédito para la presentación de la correspondiente demanda, si fuere del caso; o, también, que el deudor renuncia a su derecho de ser notificado o consultado cuando exista una cesión de su crédito a un nuevo acreedor según el banco, convenga a sus mutuos intereses.

Los límites que marquen las condiciones para impedir caer de lo válido a lo abusivo, serán de acuerdo con las normas perfectamente permisivas, conjuntamente con aquellas costumbres bancarias que indefinidas por nuestro derecho positivo, no admitirían la posibilidad del surgimiento de un doble sentido. Entender la naturaleza del negocio bancario, donde normalmente las buenas prácticas, lo técnico y lo jurídico muy pocas veces se juntan en un campo, dejaría vía libre para el progreso de todos los involucrados directos (consumidor financiero - banco prestador de servicios) e indirectos (la sociedad ecuatoriana); y, así, lo ha entendido incluso Barbier<sup>60</sup>, al concluir que “hay dos caminos posibles para atender de modo suficiente al usuario de los servicios bancarios; una, a través de una incorporación taxativa y suficiente dentro de una ley general de defensa del consumidor; otra, con la adopción de una norma estrictamente profesional en materia de comportamiento adecuado dentro de la actividad financiera”.

Frente a cualquiera de las dos alternativas, lo peor sería no tomar ninguna.

---

<sup>60</sup> Ob. cit., p. 237.

### CAPITULO III

#### EL BANCO Y SU DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

##### Subcapítulo I

#### ANÁLISIS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO DEL BANCO-PRESTADOR DE SERVICIOS.

“La empresa de cualquier manera es la organización de los factores de la producción, movida por la idea organizadora del empresario y puede ser una persona natural o jurídica y en este último caso, pública o privada cuyas actividades se desarrollan o ejecutan con plena libertad e independiencia económica, tendiendo en cuenta que en una sociedad libre formada por hombres imperfectos, dicha libertad da lugar a que sus miembros cometan actos inmorales, que no los cometerían en una sociedad autoritaria<sup>61</sup>”.

La disposición constitucional del Art. 339 de la Carta de Montecristi, ha prescrito que el Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, estableciendo regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos y otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

Es el Estado ecuatoriano entonces, el encomendado a crear las suficientes normas que procuren originar la inversión en su territorio, es decir, fabricar normativa segura, apuntalada hacia la tranquilidad empresarial que cualquier inversionista desea trabajar para precautelar sus recursos.

Al ser un derecho fundamental, impone un reconocimiento público y vigente en el tiempo, P. J. Tettinger, citado por Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila-Real, en

---

<sup>61</sup> Cevallos Vásquez, Víctor, *Libre competencia, Derecho de Consumo y Contratos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, p. 17.

su Ensayo sobre la Libertad de Empresa, lleva a este derecho, en *el mandato de optimización*, en otras palabras, la obligación al Estado de asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, es decir, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que puedan entrar en conflicto con ella<sup>62</sup>.

Siguiendo la misma línea, no siempre demostrar un tratamiento tributario justo a los inversionistas, confirman una motivación suficiente para promover la inversión. Cambiar continuamente las normas por no haber logrado una validez y eficacia pensada, es una inseguridad para ellos que miran o sienten un ambiente de incertidumbre; es común que ante ese escenario, muchos cierren sus negocios para dedicarse a una actividad diferente; ó, sencillamente abandonan el sitio.

Exacto es, que nadie puede exigir a un empresario a ejercitar su derecho a invertir, peor aún a contratar (derecho distinto al primero). Todos, sin importar si la persona es natural o jurídica (ficticia tal cual calificativo brinda nuestro Código Civil), desde el lugar en el que nos desenvolvamos, tenemos el derecho a ser libres sin menoscabos de ningún tipo .

El concepto en estudio, es una esfera que comprende muchos guiones, pues su esencia económica, dista de comparación con otras libertades, ésta, abarca la libre decisión que los socios capitalista ostentan para asociarse o para crear, modificar, fusionar, liquidar, etc., la sociedad que tengan la intención de fundar; nombrar a los administradores de su negocio y su forma de administración; escoger a sus trabajadores; utilizar una denominación; proteger sus productos; invertir en los negocios que crean obtendrán un provecho.

---

<sup>62</sup> [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/libertad.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf)

De otro costado, como cualquier otro derecho fundamental, Paz-Ares y Águila-Real consideran que “la libertad de empresa, por un lado, garantiza a los particulares un ámbito de actuación libre de injerencia estatal (*Eingriffsverbot*) y, por otro, impone al Estado la obligación de establecer las condiciones organizativas -institucionales- que aseguren la efectividad del ejercicio del derecho (*Schutzgebot*). En este último sentido es en el que se afirma que el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa lleva consigo objetivamente un “derecho de organización”, es decir, a que el Estado ponga en pie el entramado institucional necesario para el ejercicio del derecho”<sup>63</sup>.

Dijimos que la esencia de la libertad de empresas, está rígidamente conexas a lo económico; y, a juicio de los autores ya mencionados, las cláusulas económicas de la constitución pueden ser ordenadas en torno a tres (3) ideas básicas que las resumimos de la forma que sigue<sup>64</sup>: a) La afirmación que la Constitución difiere al legislador la decisión acerca de cuánto mercado deba existir en la economía de un país; b) El reconocimiento de la iniciativa pública en la economía, esto es -dicen-, la plena legitimidad de la participación del Estado como empresario en el mercado; y, c) La garantía de que la economía de un país funcionará, en general, de acuerdo con las reglas de la economía de mercado, por tanto con respecto a las libertades económicas tanto objetiva como geográficamente en todo el territorio nacional.

De otro costado, un tópico de esta libertad empresarial, que penosamente en la legislación ecuatoriana no ha tenido el desarrollo normativo debido, tal vez por conveniencias o por falta de voluntad, es el *derecho a la competencia*, traducida en aquel anhelo de inversión separado y justo, que personas naturales o jurídicas lo ejercitan sin temor a que algo o alguien se interpongan en sus negocios, de allí que, Víctor Cevallos, en “Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos”, reliev

---

<sup>63</sup> v. cit. 54.

<sup>64</sup> v. cit. 54.

que “el momento en que la competencia tiene un objetivo de carácter económico, la competencia sin duda es mercantil, ésta se da a través de decisiones de una pluralidad de agentes u ordenadores del acontecer económico. La competencia provoca un ambiente de eficiencia y ello implica beneficios para los consumidores pues la lucha por el mercado se logra mejores precios<sup>65</sup>”.

Una competencia sana, no maliciosa; segura, no provisional; ecuánime, no desequilibrada... materializan un mercado armonioso, ajustado a derecho y con beneficios múltiples para los consumidores. Sin embargo, las reglas que puedan regir un competición leal, no sólo llega al reflejo de los bienes o servicios finales que un proveedor llega a brindar. Dentro de esta carrera por ganar clientes, las normas de calidad son indispensables, pero no suficientes, nos estamos refiriendo a esos campos en los que la Ley, puede que los ha visto de forma técnica-comercial.

Aclaremos el asunto sugerido, al recordar que la libertad de empresa, comprende entre otros aspecto, el derecho que tienen las personas para decidir el tipo de sociedad a constituir, por tanto, se enteran perfectamente de las características de cada una de ellas, su naturaleza, funcionamiento, fiscalización, control, etc., para fundarla en razón a sus necesidades presentes. Más, cuando en un campo comercial en el que, cualquier persona que desea hacer comercio, es decir, invertir para obtener ganancias en un tiempo programado, encuentra que la administración, desenvolvimiento, inspección y control del negocio que ha puesto todo el interés por emprender, no es tan común como comprar una camisa y luego venderla a un valor adicional para conseguir provechos, pues la Ley así plasmó las reglas del juego con el fin de que los consumidores, asimismo, no muy comunes, tengan un amparo especial o tal vez, más reforzado y porque de esa actividad, dependen no únicamente otras sino, un país en razón de

---

<sup>65</sup> Ob. cit., p. 18.

preservar su buena economía, deberá estar consciente del motivo de las reglas previstas y con mucha prolijidad, actuar en su virtud. Que más que el negocio bancario para ponerlo de ejemplo.

### **1.- Condicionantes de la Banca como libre empresa.**

Todo lo que se ha formulado acerca de la libre empresa, sirve como índice de las condiciones que la Banca se ve enfrentada para desarrollarse como empresa, las cuales, abordaremos a continuación.

Veremos que del Art. 308 de la Constitución, se declaran a las actividades financieras como un *servicio de orden público*, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado de acuerdo con la ley.

Pero la constitución penosamente, NO ha determinado el alcance que permita entender con claridad este, *servicio de orden público*. Al respecto, León Roldós Aguilera, nos da una idea muy interesante, la cual comulgamos: “En resumen, para considerar que el crédito bancario es servicio público no necesariamente hay que llegar a la definición del control estatal de la banca privada, sino que el servicio público es una realidad por la naturaleza del crédito, porque sin éste no funciona la economía y no puede dejárselo al sólo arbitrio y hasta capricho de grupos que controlen la empresas bancarias<sup>66</sup>”. Exacto.

La discusión del servicio público ha sido ardua, al igual que su división. Por ello, para expresarlo mejor, nos ha llamado la atención su categorización como propio e impropio:

1) Sería servicio público propio el prestado por el Estado directamente o indirectamente por un concesionario.

---

<sup>66</sup> Roldós Aguilera, León, *Banca y Crédito*, II Tomo, Guayaquil, Publicado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, 1988, p. 12.

2) El impropio es el prestado por personas privadas, de acuerdo a disposiciones reglamentarias establecidas por la Administración Pública<sup>67</sup>.

Conocemos que en la actualidad existen Bancos, cuya administración es estatal (estatización) e inclusive, en una temporada fueron concesionados a particulares, otros en cambio (su mayoría), son personas privadas que toda su trayectoria, se han manejado dentro del sector bancario, claro está, previa autorización del Estado. De esta forma, la realidad ecuatoriana, podría concebirse inmersa en las dos divisiones, no obstante para nuestro criterio, la norma constitucional del Art. 308, al tratar a las actividades financieras tal cual un servicio de orden público, los servicios que brindan las entidades financieras *privadas*, se las debe caracterizar por ser impropias, llanamente por no ser actividades reservadas al Estado.

De otro costado, el mismo Art. 308 de la Constitución, menciona que las instituciones del sistema financiero, para brindar el servicio de orden público y subsidiariamente ejercer sus actividades, necesitan de una autorización previa del Estado y de acuerdo con la Ley; es la Superintendencia de Bancos y Seguros, a través de las disposiciones de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y las resoluciones administrativas creadas para el efecto, la entidad encargada de aprobar su constitución y funcionamiento.

En resumidas cuentas, se dijo anteriormente que al derecho de constituir una empresa, paralelamente le nacen condicionantes o prohibiciones que la misma empresa, debe cumplir antes, durante y después de su vigencia y ello, no es nada ajeno dentro del campo bancario.

Como muestra, un banco puede efectuar con el público, toda la gama de operaciones determinadas en el Art. 51 de la LGISF, sean en moneda nacional o

---

<sup>67</sup> <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-066.pdf>  
(Grando, José - Medina, Marcos)

extranjera, sin embargo, de conformidad con el Art. 73 de la LGISF, le es prohibido efectuar operaciones con personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la administración o la propiedad de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias<sup>68</sup> o de su sociedad controladora.

Del mismo modo no podrán realizar operaciones de crédito directas, indirectas y contingentes, recibiendo en garantía sus propias acciones o las de sus compañías afiliadas y subsidiarias o las de compañías pertenecientes al mismo grupo financiero, menos aún, constituir gravámenes sobre sus bienes inmuebles, incluido los recibidos en dación en pago, salvo el caso de que cuenten con la autorización previa de la Superintendencia de Bancos y Seguros<sup>69</sup>.

Una de las limitaciones interesantes que brindan a los representantes legales<sup>70</sup>, apoderados generales y los funcionarios que ejerzan labores de dirección en las instituciones del sistema financiero, es la relacionada a que no podrán ejercer otras actividades públicas o privadas, salvo las directamente relacionadas con las actividades que desempeñen, previa la autorización del Superintendente de Bancos y Seguros y las relativas a la docencia universitaria.

En el mismo sentido, de conformidad con la sección I, capítulo I, título III, libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, previa a la posesión de los miembros del directorio de un banco o del organismo que haga sus veces o a la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de los representantes legales, dentro de los ocho días de notificado el nombramiento, la Superintendencia de Bancos y Seguros verificará, que no se

---

<sup>68</sup> Para efectos de la LGISF (Art.67), se entenderá por subsidiarias a aquellas instituciones financieras que poseen personería jurídica propia y en las cuales una institución del sistema financiero o una sociedad controladora tenga una participación accionaria directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento (50%) del capital de la compañía receptora de la inversión.

<sup>69</sup> v. Art. 125 LGISF.

<sup>70</sup> v. inc. final, Art. 129 LGISF.

encuentren en mora en sus obligaciones, directa o indirectamente, por más de sesenta días con las instituciones del sistema financiero y entidades de seguros o reaseguros; y, que no sean titulares de cuentas corrientes cerradas por incumplimiento de disposiciones legales.

Adicionalmente, la Superintendencia de Bancos y Seguros verificará que los miembros electos del directorio u organismo que haga sus veces y los representantes legales designados de los bancos privados y sociedades financieras posean título universitario de tercer o cuarto niveles, según las definiciones de la Ley de Educación Superior, en profesiones vinculadas con las funciones que desempeñarán o, en su defecto, experiencia de por lo menos cinco (5) años en el campo financiero o afines.

La auditoría de la gestión bancaria, es un tema que reviste de un alto interés, pues acorde con resolución N° JB-2004-664 de 18 de mayo del 2004, las instituciones financieras privadas integrantes de los grupos financieros mantendrán obligatoriamente comités permanentes de auditoría, en calidad de comités del directorio o del organismo que haga sus veces, a fin de que fortalezcan el sistema de controles internos, de la auditoría interna, de la auditoría externa y de las calificadoras de riesgo.

El comité de auditoría<sup>71</sup> es una unidad de asesoría y consulta del directorio o del organismo que haga sus veces, para asegurar un apoyo eficaz a la función de auditoría por parte de todos los integrantes de la institución; asegurar el cumplimiento de los objetivos de los controles internos; y, vigilar el cumplimiento de la misión y objetivos de la propia institución.

Acercas de la atención al público, el organismo de control, exige a las instituciones financieras privadas, que la atención al público, sea obligatoriamente por

---

<sup>71</sup> v. Resolución No JB-2003-586 de 21 de octubre del 2003.

lo menos seis horas diarias, entre las 9h00 y las 15h00, durante los días laborables, excepto los sábados y domingos y los días de descanso obligatorio señalados en la Ley.

La Superintendencia de Bancos y Seguros podrá autorizar el diferimiento de la hora de apertura al público, de una institución u oficina, previa causa justificada, debiendo cumplir en todo caso las seis horas mínimas de atención<sup>72</sup>.

Al considerar un consumidor que un servicio le ha causado perjuicio, puede acudir a las instancias competentes para reclamar un resarcimiento, así pues, un consumidor financiero, puede usar las mismas instancias, no obstante el banco debe conocer en suma otra vía, como aquella de concurrir a la Superintendencia de Bancos y Seguros, para presentar un reclamo en su contra, según el procedimiento fijado en el capítulo IV, título XX, Libro I de la Codificación de las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, cuya Subdirección que generalmente los conoce, es la de Atención al Cliente; ó, a su vez, acudir hacia el Defensor del Cliente, creado por el tercer inciso del artículo 312 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008 y que establece que cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá este funcionario, pero será independiente de la institución y designado de acuerdo con la ley.

Ya arribado a este punto, el Defensor del Cliente, representado en la disposición general incluida por el artículo 12 de la “Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera”, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre del 2008, dispone que cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, con cargo al presupuesto de cada entidad, que será designado por el Superintendente de Bancos y Seguros de una terna presentada

---

<sup>72</sup> Sección I, capítulo I, título VII, libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria.

por la asociación jurídicamente constituida por los depositantes o clientes de cada institución del sistema financiero; agregando que el Consejo de Participación Ciudadana promoverá la organización de los depositantes y clientes, y así mismo que la defensora o defensor del cliente no podrá tener ningún tipo de vinculación con los accionistas o con los administradores de la entidad financiera; y, determinando que su función es la de proteger los derechos e intereses del cliente y sus atribuciones estarán reguladas por la Junta Bancaria, que deberá expedir mediante resolución el Reglamento correspondiente. Este reglamento fue expedido de acuerdo a la Resolución N° JB-2009-1281 de fecha 31 de marzo del 2009 y que en el capítulo entrante la analizaremos con más detalle.

La actividad bancaria, comprende un trascendente timón en la economía de un país, depende de ésta, familias, empresas y a veces hasta gobiernos, por tanto, su control, si bien es con el fin de precautelar los recursos de los depositantes, deberá ser técnico en su gran mayoría, lejos de influencias de los propios actores internos y externos, acrecentándola de manera eficiente y justa, impidiendo graves consecuencias como los famosos congelamientos, feriados bancarios y quiebras, tan tristemente recordadas.

## Subcapítulo II

### **EL TRATAMIENTO DEL MODERNO SERVICIO BANCARIO ANTE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FINANCIERO.**

Trataremos de aproximarnos en éste subcapítulo, a la evolución que el servicio bancario ha experimentado a lo largo de los tiempos.

Nuestra Codificación a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, circunscribió a los bancos objeto del presente estudio, dentro de las denominadas instituciones del sistema financiero privado, detallando claramente cuales serán las

operaciones bancarias, en otras palabras, subsiste en consecuencia, la posibilidad que las entidades financieras privadas del Ecuador, pueden realizar ciertas operaciones bancarias.

Nos dice Gerscovich en el mismo sentido escrito antes, que las operaciones bancarias, “para algunos son tales sólo si las realizan bancos, perdiendo de vista que muchas idénticas pueden válidamente efectuarse por particulares en tanto se intercambien dinero, divisas, créditos o capitales<sup>73</sup>”.

Abreviando la postura de Carlos Gerscovich, pareciera<sup>74</sup>, que los *negocios financieros*, conceptualmente involucra algo más profundo que los *negocios bancarios* tradicionales y básicamente -explica-, caracterizados por las operaciones monetarias de corto plazo, bajo riesgo y gran liquidez, como la captación de depósitos y la otorgación de créditos.

Visiblemente en el Art. 51 de la LGISF, están enumeradas las operaciones que los bancos podrán efectuar en moneda nacional o extranjera, o en unidades de cuenta establecidas en la ley; y, tal cual otra rama del derecho, suele presentarse en el derecho bancario, el retardo legislativo, en procurar expedir normas positivas y armonizadas con la realidad.

Somos francos al reflexionar, la ventaja de tener un órgano de control como la Superintendencia de Bancos y Seguros, encargada de regular el dinamismo financiero en virtud de las necesidades nacientes; no obstante este encargo, debe nacer de la Ley y no sujetarse a interpretaciones inapropiadas, afirmado en lo profesional y en lo técnico. Así pues, es preciso que bajo diversas modalidades, tomemos unos modelos de lo expuesto.

---

<sup>73</sup> Gerscovich, Carlos y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999, p. 72.

<sup>74</sup> Ob. cit., p.73.

a) Es el *contrato de cuenta corriente*, un instrumento progresista, cosechador de muy notables resultados dentro mercado financiero y principalmente, el mercado bancario. Antiguamente al contrato de cuenta corriente, para entender en cierta forma su naturaleza, independiente a su herramienta de débito común: “el cheque”, lo relacionaban con el depósito propiamente dicho, esto es, con aquel contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante<sup>75</sup>. Sin embargo, en la Ley General de Cheques, consta de su Art. 63, la facultad a la Superintendencia de Bancos y Seguros, para reglamentar las condiciones y requisitos de las cuentas de depósitos monetarios en los bancos privados, por ello, el Art. 3 del Reglamento General de la Ley de Cheques (RGLCH), toma por *contrato de cuenta corriente*, al contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, en el que el cuentacorrentista adquiere la facilidad de depositar sumas de dinero y cheques en una institución bancaria y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos disponibles, mediante el giro de cheques u otros mecanismos de pago y registro.

Del concepto expuesto, el contrato en estudio, podemos catalogarlo de omnímodos, precisamente porque a más de administrar sus fondos mediante cheques, se presta a: (i) la concesión de créditos por parte del banco girado en la cuenta corriente, pagando cheques que al ser presentados al cobro, ésta no precise de fondos disponibles para su cobro, viéndose el girador (consumidor financiero) paralelamente,

---

<sup>75</sup> Art. 2120 del Código Civil.

obligado a devolver lo cubierto en su nombre por el banco girado, en un corto período regularmente, más los intereses legales; y, (ii) a través de este contrato, se pueden efectuar pagos a terceros, entendiéndose como éstos, a los que se realicen a favor de personas naturales o jurídicas que no sean las instituciones financieras autorizadas en que se mantiene la cuenta corriente en la que se acredita el crédito contratado o no, ni sus empresas subsidiarias o afiliadas conforme a lo definido en el artículo 67 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, así como personas naturales o jurídicas vinculadas con la institución por propiedad o gestión<sup>76</sup>.

De lo anotado, constituyen fundamento para que en una cuenta de depósitos monetarios se registre un sobregiro, los giros realizados contra esa cuenta corriente mediante cheques válidamente emitidos y los débitos expresamente autorizados por el cuentacorrentista para pagos a terceros, siempre que no existan saldos acreedores en la cuenta<sup>77</sup>; por ende, el servicio que pueda brindar el banco prestador de servicios, ante esta gama de elementos que caracterizan este instrumento, debe ajustarse a la normativa legal y administrativa vigente, aprovechando su diversidad en beneficio propio, pero sobretodo, en beneficio del consumidor financiero. La cuenta corriente como vemos, ya no sólo sirve para utilizar los cheques como medio de pago, sino, para consumos en los que el cliente financiero se ha interesado, tal cual, descuentos por un servicio contratado con una telefonía celular, medicina prepagada, televisión satelital o por cable u

---

<sup>76</sup> v. Art. 2, cap. II, título VI, libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria.

<sup>77</sup> v. cit. 67.

otros similares, sin embargo debe quedar claro, que el banco prestador de servicios, meramente es un intermediario de pago, o a su vez, un facilitador en las relaciones que el consumidor financiero emprende con una empresa proveedora, por tanto, este hecho, no significa intromisión alguna en las actividades que entre éstos pueda presentarse.

Cae oportuno indicar al lector, que ante el evento de presentarse un inconveniente en los acuerdos pactados por el consumidor financiero y una empresa proveedora de servicios, es común que el primero acuda al banco y solicite la suspensión de los débitos autorizados correspondientes, para ya no seguir cancelando lo que fuera contratado, sin embargo, como se dijo, el banco no puede entrometerse, sino que, eso lo ha entendido el propio Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, cuando en su Art. 42, manda a la empresa proveedora a comunicar a la entidad del sistema financiero, la suspensión de los débitos automáticos que hubieren sido autorizados. En caso de incumplimiento de esta obligación, el consumidor podrá acudir a la Superintendencia de Bancos y Seguros, al Juez de Contravenciones u otra autoridad competente, a fin de hacer cumplir su derecho.

- b) La fianza, aquella en virtud de la cual, es una “obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otro principal, contraída por un tercero: el deudor de tal obligación, mientras de denomina fiador quien por él se compromete”<sup>78</sup>. Esta obligación, tomará el

---

<sup>78</sup> Cabanellas de Torres Guillermo, ob. cit., t. IV, p. 59.

nombre de *fianza bancaria*, al instituirse en una operación mediante la cual, el banco se transforme en fiador, frente a un tercero, por un importe y plazo establecido.

Asumir obligaciones por cuenta de terceros, utilizando el mecanismo de fianzas, es una de las operaciones que los bancos prestadores de servicios, pueden efectuar a la luz del Art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

En cuanto a su naturaleza, hay compatibilidad de criterios entre autores, que la *fianza bancaria* es una garantía monetaria y procede su activación, sólo en caso de que el fiado (deudor) incumpla su compromiso.

Independiente a que el banco prestador de servicios, en su calidad de fiador, exige una contra garantía, acorde a los caracteres de lo afianzado al consumidor financiero, es éste último (quien a su vez al utilizar esta fianza bancaria se convierte en fiado), el que se beneficia en poder cristalizar negocios lícitos, mediante la firma de contratos con empresas privadas o públicas, e inclusive, hasta alquiler de inmuebles, que en ciertos casos, precisan de la implementación de este acuerdo subsidiario (fianza).

No hay desembolso de dinero en la fianza en estudio, los ingresos que recauda el banco prestador de servicios, descienden del cobro de una comisión; para ser más específicos, actúa en virtud de una solicitud por parte del consumidor financiero al banco prestador de servicios, requiriendo que, por su cuenta, el banco emita una carta de Garantía Bancaria a favor de un tercero, hasta una suma y período determinado,

indicando en la misma, el tipo de obligación a cumplir por parte del consumidor y cubrir, por parte del banco.

El cliente, dentro de esta operación, se constriñe a entregar al banco, los fondos suficientes para cubrir la obligación que este último asegurará, en el momento en que el tercero garantizado le solicite el pago de la garantía; condicionándose si, por inobservancia del fiado en su obligación, el fiador se viera forzado a pagar por dicha obligación con fondos propios, tendrá aquel (fiado) que, reintegrar inmediatamente el valor o gasto pagado, como también una indemnización de los daños y perjuicios que tal inobservancia produzca, caso contrario, la obligación será considerada como ejecutiva, es decir clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencido. Sin embargo, esos caracteres, tendrán que constar en el documento de solicitud.

Deducimos entonces, que la fianza bancaria, acaba siendo la forma más tradicional de garantía de los contratos bancarios, por su rápida constitución, facilidad y utilidad, “que permanecían desprovistos de una disciplina legislativa específica y que, en ausencia de una disciplina general de referencia para las operaciones bancarias, adoptan por iniciativa de los bancos una reglamentación convencional que presenta llamativos y destacados perfiles de atipicidad respecto de las correspondientes figuras de derecho común<sup>79</sup>”.

Con esto, la *fianza bancaria* como servicio, debe aunque no lo parezca, respetar el derecho de información y libre negociación del

---

<sup>79</sup> Campobasso, Gian y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999, p. 146.

consumidor financiero, pues el inicio de su concesión, regularmente se traduce en una solicitud, que no necesariamente la parte fiada (consumidor financiero), accede en igualdad de condiciones o con pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad.

La idea de usar este tipo de garantía, es permitir la celebración de negocios en los que, imperativamente requieren este resguardo (más en lo público), de esa manera, todos los involucrados se vean beneficiados desde su posición. Sin embargo, como el presente trabajo se concentra en el servicio bancario, deberá por un lado, el banco prestador de servicios, asegurarse que la solicitud de fianza bancaria reúna los requisitos de título ejecutivo, ante la mora del cliente; y, que a su vez, su contenido no atente contra los derechos básicos del consumidor financiero, so pena de nulidad.

## CAPITULO IV

### **EL BANCO FRENTE A LAS RECLAMACIONES DE LOS CONSUMIDORES PRINCIPALES PROBLEMAS LEGALES, QUE EN LA PRÁCTICA SE PRESENTAN CONTRA EL BANCO POR LA INOBSERVANCIA DEL DERECHO DE INFORMACIÓN Y ESTIPULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, CON LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS Y SUS SUGERENCIAS PARA EVITARLOS.**

“El banco es una institución financiera legalmente constituida, que en base a la confianza puede captar recursos de depositantes e inversionistas. Deberá colocar estos recursos recibidos en créditos generadores de riqueza para sus empresarios<sup>80</sup>”.

Con base a la misión reproducida, uno de los inconvenientes regularmente enfrentados, por el banco prestador de servicios, es demostrar frente a una reclamación presentada en su contra, por un consumidor financiero, el correcto reconocimiento su derecho a la información.

Excepción o excusa común ha sido, argumentar frente a la autoridad competente, que el banco no ha proporcionado una información adecuada, veraz, pero sobretodo, completa. Penosamente con reclamar utilizando la frase “el banco no me informó” de cierta circunstancia, la carga de la prueba para la institución financiera, se vuelve muy pesada.

El servicio bancario como vimos, consigue modernizarse, conforme así la realidad lo exija, con productos financieros novedosos; ó, con los ya existentes, mejorarlos en pro de la confianza y seguridad de los clientes. La tecnología tal cual sabemos, hoy ha concedido sacarla provecho, para optimizar principalmente las diferentes relaciones contractuales; y, en razón a ésta, es una muy buena opción de certificar el nexo de información efectivo entre el prestador de servicios con el

---

<sup>80</sup> Morlás Molina, Carlos, *Bancos: administración, crédito y análisis de sus estados financieros*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, p. 131.

consumidor. Así pues, el dejar manifiesto en el contenido de un contrato bancario cualquiera que fuese, la dirección electrónica (e-mail) de las partes contratantes, estipulándola como una medida justa de notificación de información, para recibir el consumidor financiero, desde la posición que defendemos, nos referimos desde la perspectiva del banco prestador de servicios, noticias, asesoramiento, recordatorios, advertencias permitidas, etc., no sólo prueba el respeto al derecho al ser informado del consumidor, sino, muestra en el servicio bancario prestado, una excelente atención.

Los bancos han entendido, que una adecuada información a la hora de la hora, resulta aunque no imposible, pero si complejo, hacerla personalizarla, simplemente por el gran número de clientes, siendo la innovación tecnológica a sus servicios, una gran ayuda.

A través del Internet, pueden regularmente enviar información a los clientes a la dirección electrónica que ellos hayan fijado para el efecto, además, pueden efectuar transacciones directas, interfiliales, interbancarias, órdenes de no pago de cheques, etc., sin embargo, la información que arroje el sistema del banco a la vista del consumidor, debe ser tan objetivamente real, entendible y adecuada, que el mínimo dato, aparentemente confuso, pueda evitar consigo, traerle consecuencias negativas. En lo esencial, lo que mire y comprenda apropiadamente el consumidor, no tiene que ser tergiversado antes, durante o después de la entrega del servicio.

Manejarse vía trípticos, es otra de las opciones colaboradoras que proporcionan orientar al consumidor financiero, acerca de los diversos servicios bancarios, exposición de consejos para un mejor ahorro e inversión, medidas de seguridad, entre otros. Estos documentos se exhiben en las agencias al alcance de todos, incluso se apareja en los estados de cuenta remitidos a la dirección que los clientes han registrado en el banco y mientras no le notifiquen o reclamen no haberlo recibido, se entiende haberlo recibido a

su entera satisfacción, tal cual el inciso final del Art. 75 del Reglamento General de la Ley de Cheques.

De otro lado, en lo que respecta a la libre negociación, conocimos en su momento la calidad de “predominante” con la que, al banco-prestador de servicios lo tildan cuando celebra algún contrato con el consumidor financiero.

Al respecto, podemos comentar, que se debe tener en claro, que para no crear contratos que los categorizan de abusivos, tendrá que agregarse cláusulas reales y que cubran cualquier eventualidad normal del servicio, como por ejemplo, lo que debe hacer el consumidor financiero cuando se le pierde una libreta de ahorros. Recordemos que en la cláusula objeto del servicio, en su elaboración habría de impedir esta categorización, ya que el contrato en su totalidad, corre el riesgo de perder el sentido y resultaría inaplicable.

Lo difícil que es para un banco, privarse de implementar instrumentos de adhesión y desarrollar así sus actividades, por la ventaja de facilitar sus gestiones, es real, sin embargo, bien puede emprender negociaciones según las justas conveniencias con su cliente, por ejemplo, si un consumidor financiero, ha reflejado un adecuado historial crediticio, bien se puede excepcionar cupo o intereses en un préstamo, más aún si ese cliente, lleva años con el banco.

Puede también, negociarse la garantía que será objeto del préstamo, según sus características; ó, prescindir de ella bajo la figura de un préstamo sobre firmas, claro está, si se presenta el perfil del cliente detallado en el párrafo anterior, las posibilidades incrementarían; vale comunicar, que si el tipo de crédito, amerita la implementación de un seguro, de conformidad con el Art. 12 de la Sección I, Capítulo I, Título XIV, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de

la Junta Bancaria, las instituciones del sistema financiero, no podrán obligar al cliente o usuario, a contratar con las compañías de seguros del mismo grupo financiero.

La normativa del título indicado en el inciso precedente, sustituido por la resolución JB-2009-1315 de fecha 12 de junio del 2009, trata de los servicios financieros, tarifas y gastos, que el banco-prestador de servicios, debe tomarlos muy en cuenta. En resumen, esta resolución<sup>81</sup>, fue expedida por la Junta Bancaria, en virtud a que el primero y segundo incisos del artículo 201 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, reformado con el artículo 11 de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre del 2008, disponen que los servicios activos, pasivos o de cualquier otra naturaleza que presten las instituciones financieras deberán sujetarse a las tarifas máximas que serán segmentadas por la naturaleza de cada institución financiera y determinadas trimestralmente por la Junta Bancaria, publicadas en las páginas web y oficinas de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de las instituciones financieras; por lo especificado, la Superintendencia de Bancos y Seguros autorizará previamente los servicios a ser libremente aceptados y recibidos por los clientes y usuarios determinando las actividades propias del giro del negocio que no constituyen servicios, pues las actividades bancarias propias del giro del negocio que implican transacciones básicas que realizan los clientes e información esencial respecto del manejo de sus cuentas, serán gratuitas.

En esa línea, el primer inciso del Art. 52 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, establece que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su

---

<sup>81</sup> v. Resolución JB-2009-1315.

contenido y características; del mismo modo, porque los numerales 16 y 25 del artículo 66 de la nombrada Carta Magna, reconocen y garantizan el derecho a la libertad de contratación; y, el acceso a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

En concordancia con lo dicho, no debemos pasar por alto y retomar, que los numerales 2, 4 y 5 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 116 de 10 de julio del 2000, señalan como derechos fundamentales del consumidor que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos de óptima calidad y a elegirlos con libertad; a una información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; y, a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida.

Asimismo, el artículo 47 de la referida ley dispone que cuando el consumidor adquiera determinados bienes o servicios mediante sistemas de crédito, el proveedor estará obligado a informarle en forma previa, clara y precisa sobre el precio al contado del bien o servicio materia de la transacción; el monto total correspondiente a intereses, la tasa a la que serán calculados; así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales; el número, monto y periodicidad de los pagos a efectuar; y, la suma total a pagar por el referido bien o servicio.

Para efectos de empleo de la resolución JB-2009-1315, dice en su Art. 1, que se entenderá por *servicios financieros*, aquellos provistos por la institución del sistema financiero, con el objeto de satisfacer requerimientos de sus clientes o usuarios. A su vez, los divide *servicios activos*, es decir, los derivados de las operaciones o transacciones que se generan en los activos de la institución del sistema financiero, de conformidad con la descripción constante en el Catálogo Único de Cuentas emitido por el organismo de control. Igualmente, los *servicios pasivos*, serán los derivados de las operaciones o transacciones que se generan en los pasivos de la institución del sistema financiero, de conformidad con la descripción constante en el Catálogo Único de Cuentas emitido por el organismo de control.

El Catálogo Único de Cuentas, es la regulación de prácticas contables de las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 78 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Se ha visto que los servicios financieros, han sido identificados como activos y pasivos y que, son producto de las operaciones o transacciones generadas en una institución del sistema financiero. Para este efecto, de conformidad con el Art. 90 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se entenderá por operaciones activas los bienes y derechos de propiedad de la entidad, susceptibles de ser cuantificados objetivamente, definidas en el Catálogo Único de Cuentas, entre las cuales se incluyen a los créditos concedidos en cualquiera de sus formas, sean estas: sobre firmas (quirografario), con garantía prendaria, hipotecaria.

Sin embargo, ya concretamente los servicios financieros que “oferte” el banco-prestador de servicios, estarán clasificados en los servicios *sujetos a tarifa máxima*; y, *servicios diferenciados*<sup>82</sup>. Los primeros, son determinados expresamente por la Junta Bancaria que no implican transacciones básicas, por los cuales la institución del sistema financiero podrá cobrar una tarifa no superior a la máxima establecida. Los segundos, asimismo autorizados previamente por la Junta Bancaria, pero que no son de uso generalizado ni estandarizado, ofertados por la institución del sistema financiero para satisfacer necesidades no esenciales ni básicas de los clientes o usuarios.

El mismo Art. 1 de la resolución JB-2009-1315, llama a las transacciones básicas, las relacionadas con operaciones inherentes al giro del negocio de las instituciones del sistema financiero, que no constituyen servicios financieros sujetos al cobro de tarifa, es decir, las que no deben cobrarse.

De presentarse un reclamo por parte del consumidor financiero, a través del organismo de control, o de oficio, se determine alguna inobservancia a lo que establezca la Resolución en estudio, sin perjuicio de la suspensión del cobro indebido, así como de la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la Superintendencia de Bancos y Seguros ordenará a la institución del sistema financiero que dentro de un plazo perentorio proceda a la devolución de los valores indebidamente cobrados.

De rehusarse la institución del sistema financiero a cumplir la disposición de la Superintendencia de Bancos y Seguros, ésta comunicará el particular al Ministerio Fiscal, en aplicación de lo previsto en el Art. 93 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> v. Art. 3, resolución JB-2009-1315.

<sup>83</sup> v. Art. 7, resolución JB-2009-1315.

### Régimen de reclamaciones

Entramos en este instante, a analizar la presencia de un reclamo, como alternativa del consumidor financiero para protestar por alguna circunstancia que la aprecie injusta, a causa de un servicio.

Para iniciar, el Capítulo XI de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, trae consigo la competencia y procedimiento que las autoridades respectivas y permitidas por el cuerpo legal en ciernes, estarán a cargo de resolver los temas concernientes dentro de la materia del derecho de consumo.

Concurre así que, el Art. 81 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, decreta que además de acudir a la Defensoría del Pueblo para presentar su requerimiento, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda; es decir, a la par, el artículo en referencia, da facultad a la Defensoría del Pueblo, para conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte el Ecuador, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y demás leyes conexas.

En lo relacionado al procedimiento, expresan los Arts. 81 y 82 *ibídem*, que serán aplicables las disposiciones del Título III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, así como las disposiciones reglamentarias que para este efecto dicte el Defensor del Pueblo, en el cual, se podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal.

Una vez agotado el procedimiento, en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, dice el Art. 83 del cuerpo legal citado, que la Defensoría del Pueblo elaborará un informe en base del cual solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo del que se podrá desprender la imposición de las sanciones establecidas en la Ley, así como la exigencia de que se dé cumplimiento a la obligación pendiente.

El informe emitido por la Defensoría del Pueblo será apreciado por el juez de acuerdo a su sana crítica, podrá acudir ante el Juez de Contravenciones de su respectiva jurisdicción a fin de solicitar el inicio del respectivo proceso. Ya esto, redundaría argumentar, que es en el campo judicial.

La Ley en estudio, es notablemente pro consumidor, basta con remitirnos a su Art. 1 para leer que en caso de duda en su interpretación, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor. En este momento también vemos, que si las partes no han alcanzado un compromiso propicio, imperativamente la Defensoría del Pueblo, elaborará un informe requiriendo a las autoridades el comienzo de un proceso; y, ventajosamente, al menos, este informe, no deviene de vinculante para los Jueces de Contravenciones e incluso, es un tanto contradictorio cuando esa misma normativa, consiente al consumidor para que anexe o no, a su denuncia en el campo judicial, este informe.

¿Por qué decimos ventajosamente? pues en la práctica, se ha vuelto complejo cuestionar la elaboración del informe del Defensor del Pueblo o sus delegados (Comisionados Provinciales), cuando se pudo evidenciar dentro del procedimiento ante dicha autoridad, de alguna pauta de violación por parte del consumidor, a sus obligaciones sobretodo, las enumeradas en el Art. 5 de su Ley Orgánica.

A su vez, si en la elaboración de aquel informe, no se ha cumplido con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador, lit. 1), num. 7, del Art. 76, que garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa que incluirá, que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; dice no habrá tal motivación en la resolución de no enunciarse las normas o principios jurídicos en que se funda y *no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*.

Con pena, revelamos que los informes de este tipo acerca del Derecho de Consumo, dentro de los casos que podemos atestiguar, si bien constan normas, no fueron explicadas su pertinencia en los casos correspondientes. Vamos puntualmente, se ha verificado la ausencia de una parte considerativa que valore una conexión debida, entre la parte expositiva y la parte resolutive, por ello, es muy importante para el banco-prestador de servicios, sustente su defensa de manera que de llegar el asunto a la justicia ordinaria, alegar que con base a la garantía constitucional explicada, sin perjuicio a no ser vinculante el informe, es un acto que no se encuentra debidamente motivado, por ende, nulo. Recordemos que en presencia de esto, las servidoras o servidores responsables serán sancionados de acuerdo a la Carta de Montecristi.

En verdad, esperamos no pecar de imprudentes al cuestionar éstas circunstancias, empero, nos hemos permitido **sin entrar a analizar el asunto que en su momento fue tratado**, exhibir un (1) informe que esperamos explique de mejor manera nuestra búsqueda por mejorar este régimen de reclamación, sobretodo lo relativo a la motivación.

**DEFENSORIA DEL PUEBLO  
COMISION PROVINCIAL DE PICHINCHA**

INFORME MOTIVADO No. [REDACTED] EXPEDIENTE: CPP- No. [REDACTED]

INFORME MOTIVADO SOBRE LA QUEJA PRESENTADA POR LA SEÑORA [REDACTED]  
EN CONTRA [REDACTED]  
DEBIDAMENTE REPRESENTADA POR EL SEÑOR [REDACTED] EN SU  
CALIDAD DE [REDACTED]

**DEFENSORIA DEL PUEBLO. COMISION PROVINCIAL DE PICHINCHA.**- Quito, 17 de Julio del 2007, a las 09H40. **Vistos.**- En mi calidad de Comisionado de Pichincha de la Defensoría del Pueblo, avoco conocimiento del presente expediente. **EN LO PRINCIPAL:** Con fecha 30 de Octubre de 2006, la señora [REDACTED] formula una queja en contra del Representante Legal de [REDACTED] expresando lo siguiente: Que es copropietaria de la cuenta [REDACTED] del Banco [REDACTED]. Que con fechas 05, 06, y 07 de Septiembre de 2006, se han sustraido la suma de U.S.D. 7610, mediante papeletas de autorización supuestamente suscritas por su [REDACTED] con firmas falsificadas por [REDACTED] y [REDACTED] personas que dicen ser totalmente desconocidas y que según archivos magnéticos de la Corte Superior de Quito dice tener varios juicios por robo y falsificación de cheques. [REDACTED] Que la libreta la han mantenido por 60 años, tiempo en el cual jamás se ha autorizado retiro.- Mediante Providencia del 14 de diciembre de 2006, a las 12h30, la Comisión Provincial de Pichincha de la Defensoría del Pueblo, avoca conocimiento de la queja presentada por la señora [REDACTED] la misma que se la califica y se dispone en lo Principal, se corra traslado con las mismas al señor REPRESENTANTE LEGAL [REDACTED] a fin de que contesten en el plazo de 8 días de conformidad con lo que disponen los artículos 19, 21, y 24 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.- Con informe de 24 de Enero de 2007, suscrito por el señor [REDACTED] en su calidad de Gerente de Operaciones [REDACTED] señala que el reclamo es improcedente por cuanto el 08 de septiembre de 2006, a las 09h16:24 horas en la [REDACTED] ha solicitado la prohibición de su cartola por destrucción y además que se le ha entregado una nueva cartola cuya serie dice corresponder al No. [REDACTED]. Que los retiros dice haber sido realizados el 05, 06, 07 de septiembre de 2006 en la cuenta, es decir previo al cambio de libreta solicitado por el cliente. Que a la hora del proceso de la transacción no ha existido prohibición o revocatoria de la cartola. Que las firmas registradas en las papeletas de registro dice no presentar disconformidad notoria con la firma registrada por el señor [REDACTED] en el sistema del Banco. Que el Banco a la presentación de las papeletas ha procesado el pago de las mismas cumpliendo con los requisitos de revisión de forma y firma establecidos. Mediante varias Providencias se ha convocado a las partes a la respectiva Audiencia Pública, a fin de que las partes formulen sus alegaciones, sin que las mismas lleguen a acuerdo alguno.- Con los antecedentes expuestos, se considera debidamente organizado el proceso y agotada la investigación que por mandato de la Ley corresponde efectuar a esta Defensoría entra por consiguiente, a emitir su informe de conformidad con lo dispuesto en el Art. 83 de la Ley Orgánica de Defensa de Consumidor y/o Usuario; y, que para hacerlo se **CONSIDERA: PRIMERO.**- El trámite ha cumplido las exigencias legales y reglamentarias sin que al respecto del mismo deba formularse ninguna observación; **SEGUNDO.**- La materia de la queja formulada por la señora [REDACTED] es de competencia de la Defensoría del Pueblo, de conformidad con lo previsto en el Art. 96 inc. 1ro de la Constitución Política de la República del Ecuador; Arts. 19, 21 y 24 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo; y, Arts. 81 y 82 de la ley Orgánica del Consumidor y Usuario, disposiciones a las que debe remitirse la emisión del informe motivado en el presente caso.- A las partes se les ha concedido el ejercicio del Derecho de Defensa y se les ha notificado y convocado en legal y debida forma para que

**DEFENSORIA DEL PUEBLO  
COMISION PROVINCIAL DE PICHINCHA**

comparezcan a formular sus respectivas argumentaciones y alegaciones.- **TERCERO** .- Del expediente constan las siguientes piezas procesales: Copias simples de una carta suscrita por la quejosa al señor Representante Legal del Banco [REDACTED] de fecha 26 de octubre de 2006; estado de cuenta correspondiente al señor [REDACTED]. Credencial de Jubilación; y, copias simples de los retiros de 05, 06, y 07 de septiembre de 2006. **CUARTO**.- De conformidad a lo previsto en el Art. 23 de la Carta Fundamental de la República, señala que: " Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los Instrumentos Internacionales vigentes los siguientes." Numeral Séptimo: "... El derecho de disponer bienes y servicios públicos y privados de óptima calidad. El Art. 1ro de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, determina que: "...las disposiciones de la presente ley son de orden público y de interés social, sus normas por tratarse de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en las ordinarias, en caso de duda en la interpretación de esta ley se aplicará lo mas favorable al consumidor".- El Art. 4 ibidem, establece: "Derecho del Consumidor.- Son derechos fundamentales del consumidor a mas de los establecidos en la Constitución de la República, Tratados y Convenios Internacionales, Principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:" Numeral Dos.- Derecho a que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad y a elegirlos con libertad.- Numeral ocho.- Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios.- Numeral diez.- Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de los mismos.- Finalmente el Art. 75 ibidem, se refiere a los servicios prestados sean defectuosos, ineficaces, causen daño o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores tendrán derecho, además de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a que le sea restituido el valor cancelado, además, el proveedor de tales servicios, será sancionado con una multa de cincuenta a quinientos dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar. Durante la tramitación del presente expediente no compareció el señor Representante Legal del Banco [REDACTED] como tampoco consta Poder Especial a favor del algún funcionario de dicho Banco.- **QUINTO**.- Por las consideraciones que anteceden, la Comisión Provincial de Pichincha de la Defensoría del Pueblo, al haberse violentado el Art. 4 numerales 2, 8, y 10; y, Art. 75 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por lo que de conformidad a lo previsto en el Art. 25 inc. 1ro del Reglamento de Trámite de Quejas, Recursos Constitucionales y Demandas de Inconstitucionalidad de Competencia del Defensor del Pueblo, se acepta la queja presentada por la señora [REDACTED] en contra del BANCO [REDACTED] debidamente representada por el señor [REDACTED] en su calidad de [REDACTED] disponiendo que en vista de no haberse llegado a ningún acuerdo o reparación del derecho vulnerado de la usuaria, de conformidad a lo previsto en el Art. 83 inc. 3ro de la citada Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se remite al señor Intendente General de Policía de Pichincha, a fin de que inicie el respectivo proceso.- De conformidad a lo previsto en el Art. 222 de la Constitución Política de la República del Ecuador, póngase en conocimiento del señor Superintendente de Bancos y Seguros, a fin de que inicien la respectiva investigación sobre el sistema operativo y de seguridad del citado Banco, y adopten las medidas necesarias para precautelar los intereses de los usuarios.- **Notifíquese**.-

COMISIONADO DE PICHINCHA  
DEFENSORIA DEL PUEBLO



Luego de la emisión del informe por parte de la Defensoría del Pueblo, llega la esfera judicial, la cual, de conformidad con el Art. 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, señala como competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la nombrada Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción y en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción. El juzgamiento de las infracciones se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal.

Propuesta la denuncia y una vez citado el acusado, según el Art. 84 *ibídem*, el Juez señalará día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación. Dicha audiencia iniciará con la contestación del acusado. A esta audiencia concurrirán las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidos, previniéndoles que se procederá en rebeldía, luego de lo cual se dictará sentencia en la misma audiencia, de ser posible, caso contrario se lo hará dentro del plazo perentorio de tres días.

Si para el establecimiento de los hechos fuere necesaria, a criterio del juez, la intervención de peritos o se requiriere informes técnicos, se suspenderá la audiencia solo para este objeto y se concederá el plazo de hasta quince días para la presentación de los mismos, al vencimiento del cual, previo señalamiento de día y hora, se reanudará la audiencia y se procederá en la forma en que se ha indicado, no obstante si el peritaje o informe técnico, a criterio del juez, tuviere que practicarse en el exterior, el plazo antes señalado podrá extenderse hasta por treinta días<sup>84</sup>.

De la sentencia que dicte el Juez de Contravenciones se podrá interponer el recurso de apelación dentro del término de tres días, contados a partir de la notificación

---

<sup>84</sup> v. Art. 85 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

con el fallo. Dicho recurso será presentado ante el juez de contravenciones quien lo remitirá al respectivo Juez de lo penal. La sentencia que dicta el Juez de lo Penal, causará ejecutoria<sup>85</sup>.

La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios<sup>86</sup>. En lo referente a indemnizaciones por daños y perjuicios, mientras empiezan a funcionar los juzgados de contravenciones, serán competentes los jueces de lo civil<sup>87</sup>.

El procedimiento de juzgamiento de las infracciones contempladas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, tal cual apreciamos, es muy simple, cuyo entendimiento, debe interpretarse por la búsqueda más rápida de resarcir al consumidor, de ser aplicable.

Se ha intentando interponer Recurso de Casación ante la sentencia que dicta el Juez de lo Penal y que de acuerdo con la Ley *causa ejecutoria*, sin embargo, sabemos hasta el momento, que los jueces han negado este recurso (inclusive el de hecho) por la calidad de ejecutoria.

De otro costado, es importante enterar, que a la mano del consumidor financiero, coexiste otra vía de reclamación frente a un servicio que a su criterio, le ha causado cierto perjuicio. Explorémosla.

Fue la Junta Bancaria, conformada según el Art. 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que, facultada por la Ley, mediante resolución JB-2009-1281 del 31 de marzo del 2009, decidió reglamentar e incluir como Capítulo V, del Título XIV, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, las pautas para el ámbito de acción que tendrá el Defensor del Cliente, cuyo tercer inciso del

---

<sup>85</sup> v. Art. 86 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

<sup>86</sup> v. Art. 87 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

<sup>87</sup> Primera Disposición Transitoria.

artículo 312 de la Constitución de la República, establece que cada entidad integrante del sistema financiero nacional contará con dicho funcionario, quien será *independiente* de la institución y designado de acuerdo con la ley; y, por ello, la disposición general incluida por el Art. 12 de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, dispone que en armonía con la disposición constitucional, la defensora o defensor del cliente, actuará con cargo al presupuesto de cada entidad, que será designado por el Superintendente de Bancos y Seguros de una terna presentada por la asociación jurídicamente constituida por los depositantes o clientes de cada institución del sistema financiero.

Esta asociación una vez constituida, deberá promover su organización de los depositantes y clientes, por el Consejo de Participación Ciudadana. El Defensor del Cliente, no podrá tener ningún tipo de vinculación con los accionistas o con los administradores de la entidad financiera, siendo su función, consecuentemente al articulado invocado, la protección de los derechos e intereses del cliente.

No deberíamos confundir, al Titular del Servicio de Atención al Cliente, con el Defensor del Cliente y con la Subdirección de Atención al Cliente de la SBS, no sólo porque la Junta Bancaria, ha creado normas que rigen a cada uno sus respectivas funciones; sino, por que si bien, todos tienen como objetivo el atender y resolver las quejas y reclamaciones, existen diferencias que entre otras, las explicamos a continuación:

- a) El titular del Servicio de Atención al Cliente, será designado por el directorio u organismo que haga sus veces de la entidad financiera. El Defensor del Cliente, es designado por la SBS, de una terna enviada

por la “Asociación de clientes o depositantes” de cada banco. El titular de la Subdirección de Atención al Cliente, directamente por la SBS.

- b) A la Unidad de Atención al Cliente, los consumidores financieros, podrán acudir en cualquier momento. En cambio, someter el asunto a conocimiento y decisión del Defensor del Cliente, es enteramente voluntario; y, tal cual se dispone en la regulación pertinente, para la Subdirección de Atención al Cliente de la SBS, sólo podrá acceder después de haber reclamado por escrito directamente a la respectiva institución del sistema financiero sin obtener una respuesta favorable, o, cuando transcurrido el plazo de quince (15) días tratándose de reclamos originados en el país y de dos (2) meses, cuando el reclamo se produzca por operaciones relacionadas con transacciones internacionales, no hubiere obtenido respuesta de la institución.
- c) El pronunciamiento del Defensor del Cliente tendrá un carácter informativo, NO vinculante para la institución financiera. El pronunciamiento de la Subdirección de Atención al Cliente de la SBS, SÍ es vinculante y puede ser recurrido por la interposición de recursos administrativos según sea el caso, con el fin de evitar un perjuicio económico e indebido para el banco-prestador de servicios.
- d) Las instituciones financieras, deberán disponer de un servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes, en los campos contractuales y comerciales. Adoptarán las acciones necesarias para que el personal asignado al servicio de atención al cliente, disponga de un conocimiento adecuado de la normativa sobre

transparencia y protección de los clientes de servicios financieros. Su propósito principal, es el regular los requisitos y procedimientos que deben cumplir los servicios de atención al cliente de las instituciones del sistema financiero (Capítulo IV, Título, XIV, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria). Será esta unidad, adscrita tanto administrativa, como financieramente al Banco.

Por su parte, el Defensor del Cliente tiene como función proteger los derechos e intereses particulares de los clientes de la respectiva institución del sistema financiero, para lo cual conocerá y tramitará los reclamos sobre todo tipo de negocios financieros que tengan relación directa con el cliente reclamante, a cuyo efecto recabará de éste la autorización expresa que le faculte a solicitar información o documentación a la institución del sistema financiero, relacionada con el reclamo (Capítulo V, Título XIV, Libro I *ibídem*). Éste funcionario, será adscrito sólo al presupuesto del Banco, sin perjuicio que por imposición de la SBS, deban proporcionarle el recurso humano de apoyo así como proveer las instalaciones adecuadas para atención a clientes y depositantes.

La Subdirección de Atención al Cliente, es una unidad adscrita a la SBS, cuyo procedimiento para la atención de reclamos contra las instituciones del sistema financiero, está regido por el Capítulo IV, Título XX, Libro I de la normativa en mención.

- e) En ningún caso el Defensor del Cliente podrá imponer multas a la institución o a sus representantes, u ordenarles la restitución o pago de

valores. Tampoco podrá disponer el cumplimiento de orden alguna. La Subdirección de Atención al Cliente, al ser adscrita a la Superintendencia, si puede multar y disponer el pago de ciertos valores.

Sin entrar a polemizar el tema, merece especial atención los dos (2) últimos literales. Sobre el lit. d), si la Constitución ha establecido que el Defensor del Cliente será independiente; la norma secundaria en cambio, ha complicado este alcance, al disponer que será la institución financiera la que, pagará por su labor ¿dónde quedaría entonces la independencia?

En otro punto, al estudiar las diferencias que entre uno y otro funcionario bancario se presentan, vale reflexionar, si todos ellos como se argumenta, tienen como objetivo principal el atender y resolver las quejas y reclamaciones de los consumidores financieros, son suficientes o no.

A primera lógica, se juzga que inicialmente no eran suficientes, o tal vez su gestión no representaba un verdadero valor agregado al sistema como para haber creado la Constitución, la figura del Defensor al Cliente; empero, si no eran suficientes, la imagen no tenía que traducirse necesariamente en crear más protectores de los consumidores financieros, sino, mejorar los que ya trabajaban en ello; y, si la gestión de los que trabajaban no daba buenos resultados ¿por qué entonces al Defensor del Cliente, no se le otorgó un criterio vinculante en los casos que llegue a conocer?, no estamos en contra de la creación del Defensor del Cliente, pero sí contra el desorden y exceso de control, la idea es calidad, no cantidad. En otros países este Defensor ha evidenciado un gran aporte, más aún ayudaría en el nuestro, pues en materia financiera (no sólo el campo bancario) el camino es largo por encontrar una simetría con los demás. En verdad el tema está en pleno desarrollo y debemos estar atentos.

Ahora, acerca del lit. e), el procedimiento para la atención de reclamos contra las instituciones del sistema financiero, moderado por el Capítulo IV, Título XX, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, fue su Art. 5, sustituido por la resolución N° JB-2009-1303 de fecha 14 de mayo del 2009, de la forma que sigue a continuación:

Si el resultado del análisis que realice la Superintendencia determinare la necesidad de que la institución controlada introduzca correctivos que regularicen la situación que motivó el reclamo, el Superintendente de Bancos y Seguros o el funcionario que cuente con la delegación de dicha autoridad, impartirá la disposición correspondiente.

Si la situación que motivó el reclamo referido en el inciso anterior, se originó en un procedimiento incorrecto de la institución controlada, que hubiere ocasionado un perjuicio al reclamante, la Superintendencia de Bancos y Seguros **podrá ordenar la devolución de los valores reclamados**, en ejercicio de las funciones y atribuciones contempladas en las letras b) y o) del artículo 180 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, otorgando al representante legal de la entidad un plazo que no podrá exceder de quince (15) días a partir de la notificación para que remita, bajo las prevenciones de Ley, la constancia del cumplimiento de la orden impartida. (lo resaltado no es del texto)

La SBS, para ordenar la devolución de los valores reclamados por un consumidor financiero, motiva esta manera de decisión, amparada en lo dispuesto por los literales b) y o) del Art. 180 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, atinentes a las funciones y atribuciones del Superintendente de Bancos y Seguros, en el sentido de velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las instituciones sujetas a su control y, en general, que cumplan las normas que rigen su funcionamiento; como además, exigir que las instituciones controladas presenten y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento en los casos que así lo requieran.

Somos de aquellos que sostienen, que no todo asunto correspondería ser avocado conocimiento vía justicia ordinaria, a menos, que superándose vicios así como su lentitud por ejemplo, bien podríamos cambiar de opinión, más, hoy, nos mantenemos en dicho pensar.

El pensamiento participado en el apartado precedente, obligaría su creación, bajo normas expresas y adecuadamente analizadas que instituyan uno que otro aspecto, alcanzando soslayar interpretaciones antojadizas que burlen prescripciones fijadas por Ley previamente creadas; y, hagan parecer una injusta supremacía. En otros términos, reflexionamos que los literales b) y o) del Art. 180 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ni tácita, ni expresamente, alcanzan que la Superintendencia de Bancos y Seguros, impeler contra una institución del sistema financiero privado, la devolución de valores objeto de algún reclamo presentado por un consumidor o usuario financiero.

Ocupemos en una muestra, el siguiente caso que en razón a nuestra experiencia, usualmente conocemos dentro del apasionante mundo bancario:

Supongamos que a un consumidor financiero, le fue sustraído en blanco un formulario de cheques, quien no se percató de este suceso, sino, al verificar el cobro de uno de ellos, requiriendo posteriormente al banco-prestador de servicios -donde tiene su cuenta corriente-, la restitución de los fondos, debido a la tesis que su firma fue falsificada.

El banco luego de su análisis, objeta el reclamo del cliente, aclarando entre otras cosas, que para el pago de cheques, el Reglamento General de la Ley de Cheques, no habla de falsificación de firma sino, de disconformidad notoria, que por obvias razones, no son equivalentes.

Pues bien, frente a la negativa al reclamo del consumidor, éste acude a la Superintendencia de Bancos y Seguros, para seguir haciendo valer sus derechos, insertándose en el trámite precisado por el Capítulo IV, Título XX, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, cuya decisión, posterior a los descargos de los intervinientes, se emite contra

el banco-prestador de servicios para que restituya los valores materia del reclamo, por el pago del cheque.

El fondo de esta decisión, sin perjuicio a ser recurrida a través de lo constante en el Capítulo II, Título XVI, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, razonamos no está apegado a preceptos constitucionales y legales, en consideración a que el organismo de control, no constituye un órgano de la función judicial que tenga potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado o resolver sobre situaciones jurídicas que se deben ventilar ante la justicia ordinaria, pues contrariaría lo expresamente dispuesto en el Art. 226 de la Constitución vigente, que dice:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán **solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley**. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”. (lo resaltado no es del texto)

Inclusive así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en su Resolución No. 0602-2005-RA dictada por la Segunda Sala y publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 320 de 25 de julio del 2006, en la que, en su parte pertinente, ha expresado:

“CUARTA.- Que, un acto de autoridad pública es ilegítimo cuando se lo ha expedido **sin tener competencia para ello, o sin observar el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico**, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o debida motivación.

(...)

OCTAVA.- Que, con este proceder, la Junta Bancaria se atribuyó potestades que expresamente prohíbe el Art. 119 de la Constitución Política, al señalar que: “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley...” pues se convirtió en un ente jurisdiccional por cuanto a más de ratificar la multa impuesta, **dispuso la devolución de los valores de varios cheques con sus respectivos intereses**, buscando de aquella forma poner fin a un conflicto que debía ser resuelto por un ente jurisdiccional competente...”. (lo resaltado no es del texto)

En afinidad a lo sostenido, es la propia Ley General de Cheques, que implanta la manera y causas en que puede emprenderse acciones legales al girado (banco)<sup>88</sup>, por cheques falsificados, sin embargo, la resolución N° JB-2009-1303 de fecha 14 de mayo del 2009, ágilmente se sustenta en que si la situación que motivó el reclamo del cliente bancario, se originó en un *procedimiento incorrecto* de la institución controlada, que hubiere ocasionado un perjuicio al reclamante, podrá ordenar la devolución de los valores reclamados, algo que, como ya hemos testificado al lector, se desajusta a los presupuestos constitucionales o legales. Lo que podría asentirse, es el caso de imponer una multa, pues la Ley y su reglamentación, bien la consienten.

Si la intención es o será, precautelar los intereses de los consumidores financieros -algo en que todos estamos de acuerdo-, debe entonces, concebirse armónica y adecuadamente, las reformas imperiosas a nuestro derecho positivo. Mientras tanto, el banco-prestador de servicios, para bien, debe apuntar a mejorar día a día los servicios que oferta a la sociedad, anticipándose con mecanismos procedentes, para obviar interpretaciones desfavorables en virtud de su aplicación.

---

<sup>88</sup> v. Art. 60 Ley General de Cheques.

## CONCLUSIONES

- (i) Durante la ejecución de un servicio, es positivo que el banco-prestador de servicios, vislumbre una actitud permanente de informar y recordar al consumidor financiero, las principales condiciones pactadas. Firmar la constancia de haber recibido una adecuada información en la contratación de un servicio específico, puede ser una alternativa, no tan interesante.
- (ii) Para brindar información acerca de un servicio, antes o durante el mismo, resulta provechoso que entre los medios de notificación, se use habitualmente el correo electrónico personal del consumidor financiero, para que el banco, pueda enviar constantemente mantenerle al tanto. Con las bondades tecnológicas, resulta perfectamente viable cometer este tipo de ideas; sin embargo, debe quedar por escrito. Otra opción, es la implementación de folletos en las agencias y mejor todavía, en los propios estados de cuenta, en los que el consumidor financiero, ha dejado expresa constancia de donde recibirá notificaciones.
- (iii) Deberemos comprender que el contenido de la información en un servicio bancario, que hubiese sido materia de oferta o no, se discutirá como mínimo sus tipos, condiciones, tiempo, costos y demás recargos financieros determinantes de la cuestión.
- (iv) Si bien la Ley prohíbe el cobro comisiones en las operaciones de crédito, aún existen normas administrativas que faltan por armonizarse en ese sentido. El caso más patente, es la información de

pizarra. Por ello, tampoco existe mucha normativa que trate la falta de información en el campo bancario.

- (v) La mejor estrategia para demostrar el banco dentro de cualquier reclamación, que se ha brindado una veraz y adecuada información en un servicio, es por el camino que tienda a que la autoridad competente encargada de resolverla, verifique su contratación, como razonablemente escogida. Por ejemplo, de reclamar el consumidor que el pago de los intereses en su póliza de acumulación, no eran las más altas del mercado, conforme el Banco así se lo expuso, el Banco con estadística de sus competidores, deberá demostrar lo contrario y que por ello, el consumidor escogió negociar con su institución financiera.
- (vi) Los escenarios de igualdad en todo campo, cristalizan la libertad de negociación. En el campo bancario, por distintas regulaciones, se contrastan a los consumidores financieros por categorías formuladas, para el otorgamiento de créditos según el perfil de cada uno, identificando variables ya sea el nivel de ingresos o su patrimonio por dar un ejemplo.
- (vii) Frente a un contrato de adhesión, producido para brindar un servicio bancario, ocurre como en casi todos los servicios que ameriten el uso de este instrumento, que la autonomía de la voluntad del consumidor financiero, se tropieza con el límite de aprobar o refutar el contenido íntegro del contrato.
- (viii) Los servicios bancarios, deben contener reglas muy claras sobre su aplicación, demostrar interés mutuo y negociación libre. Elementos

éstos, reflejados en los instrumentos contractuales pertinentes, asentarán una relación armoniosa antes, durante y después de la celebración de un servicio; un efecto negativo, pueden extinguir obligaciones pactadas de buena fe. Es decir, que todo documento que respalde un servicio, guarde armonía entre lo ofertado, practicado; e, incluso propuesto por el cliente. A modos de ejemplos, dejar constancia que: a) El banco aceptó que su crédito sea cubierto con la aseguradora de confianza del cliente. b) El banco aceptó cobrar una comisión menor a la habitual en un determinado servicio financiero, pacto una mayor tasa de inversión, otorgó una mejor tasa de cambio, pactó un tasa activa menor, ya sea por que el cliente ha exhibido un buen comportamiento crediticio y comercial, ya sea por el monto del servicio, etc. c) El banco aceptó una garantía distinta a la que comúnmente no suele utilizar.

- (ix) Una competencia leal, causan un mercado armonioso, ajustado a derecho y con beneficios múltiples para los consumidores al consumir; y, para las empresas al invertir.
- (x) Coexisten otros medios de sanción que puede aplicar la Superintendencia de Bancos y Seguros, contra una institución financiera privada, pero la Constitución (anterior y actual) y resoluciones del propio Tribunal Constitucional en su momento, han negado toda potestad para que la este organismo de control, ordene la devolución de valores por un supuesto incumplimiento al procedimiento que rija un servicio. Esta autoridad, no es apta para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

- (xi) La idea es buscar la esencia del servicio bancario, principalmente en lo atinente a la intermediación financiera, ya que, si se presenta cierto inconveniente, el reclamo del consumidor financiero, no puede ser catalogado tal cual consumidor común, pues basta con decir que de por medio, está algo en juego muy susceptible, o algo que, con pena, ha sido transformado por el mundo muy susceptible frente a cualquier circunstancia, el dinero.

## BIBLIOGRAFIA

- Baigún, David y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999.
- Barbier, Eduardo A., y otros, “Política y derecho de consumo”, Bogotá, El Navegante editores, 1998.
- Burnet, Andrea y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999.
- Cabanellas de Torres Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. II, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2008.
- Campobasso, Gian y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999.
- Cevallos Vásquez, Víctor, “Libre competencia, derecho de consumo y contratos”, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 2001.
- Chiriboga, L. Alberto, *Diccionario Técnico Financiero Ecuatoriano*, Quito, JOKAMA, 2001.
- Gerscovich, Carlos y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999.
- López Cabana, Roberto y otros, Rosario, “Derecho del consumidor”, Ed. Juris, 1996.
- Morlás Molina, Carlos, *Bancos: administración, crédito y análisis de sus estados financieros*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002.
- Norton, Joseph J., y otros, “Derecho Bancario y Financiero Moderno”, Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 1999.
- Prats Albentosa, Lorenzo, y otros, *Derecho de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, 2da. ed.
- Regalado Verónica, La protección del consumidor, *Diario La Hora*, Revista Judicial, 17 de septiembre del 2009.
- Reifner, Udo, y otros, “Derecho Bancario y Financiero Moderno”, Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 1999.
- Reyes López Antonio, y otros, *Derecho de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, 2da. ed.
- Reyes López, María José y otros, “*Derecho de Consumo*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Roldós Aguilera, León, *Banca y Crédito*, II Tomo, Guayaquil, Publicado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, 1988.
- Zentner, Diego Hernán y otros, *Derecho del Consumidor*, Rosario, Ed. Juris, 1996.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- Código Civil.
- Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.
- Ley General de Cheques.
- Reglamento General de la Ley de Cheques.
- Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria.
- Informes defensoriales de la Defensoría del Pueblo.
- Internet.