

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

La naturaleza jurídica de la actividad bancaria en el Ecuador

Henry Oswaldo Arcos Delgado

Tutor: Marco Antonio Rodríguez Proaño

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

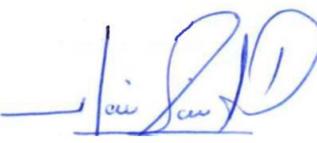
Yo, Henry Oswaldo Arcos Delgado, autor de la tesis intitulada “LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ACTIVIDAD BANCARIA EN EL ECUADOR”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

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

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

Quito, mayo de 2021.

Firma: 

Resumen

El estudio de la nueva conceptualización de las actividades financieras como de orden público junto con el carácter mediato de protección de los derechos previsto en el régimen constitucional, ha sido el tópico que se ha estudiado en el presente trabajo.

Se analiza las consecuencias que implica la categorización de orden público desde una doble dimensión, como mecanismo de regulación y por otro lado el de restrictivo y a la vez garante de las libertades individuales. Relevamos en nuestra investigación el papel proteccionista del concepto orden público que finalmente encuentra en la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares su base dogmática y en virtud de lo cual enfocamos nuestro análisis en los aspectos relacionados con la autonomía de la voluntad privada, las funciones de la industria bancaria, y los principios de rango constitucional que deben estar presentes en este tipo de intercambios económicos, tomando en cuenta que gracias a tales postulados es posible empezar a delimitar un contenido u objeto de dicho concepto jurídico.

Dada la importancia que lleva implícita la actividad bancaria, no podíamos ser ajenos a los criterios que se han venido creando sobre considerarla como servicio público o como actividad privada de interés público, cuyos caracteres y características contribuyen a la formación del llamado objeto del orden público.

Sin embargo, dado el escaso tratamiento normativo y doctrinario sobre el tema en general, el presente trabajo hace referencia al tratamiento que la Jurisprudencia constitucional colombiana ha desarrollado respecto a la actividad bancaria, la cual además de calificarla como servicio público, ha incluido a la solidaridad como principio rector de las relaciones entre banca y cliente, aspecto que hemos contextualizado desde nuestro estudio como un verdadero mecanismo de protección y en esa virtud fuente para la imposición de intercambios forzosos de intereses que junto a las nociones posmodernas del contrato permite su revisión judicial ante la presencia de circunstancias supervinientes e imprevistas que afectan al orden público bancario.

Tabla de contenidos

Tabla de contenidos	7
Introducción.	11
Capítulo primero	13
Nociones generales de los conceptos jurídicos que han influido a la actividad bancaria.	13
1.1. Orden público económico.	13
1.1.1. Concepto y naturaleza del orden público económico.	13
1.1.2. Técnicas del orden público económico.	17
1.1.3. El orden público económico y su similitud con el poder de policía del estado.	17
1.2. El servicio público.	20
1.2.1. Concepto y naturaleza del servicio público.	20
1.2.2. Nociones clásicas y modernas de servicio público.	22
1.2.3. El objeto o finalidad del servicio público.	25
1.2.3.1. Características del servicio público.	26
1.2.4. Servicio público propio y servicio público impropio.	27
1.3. Servicio privado de interés público.	28
1.3.1. Las actividades económicas de interés general en el marco del Derecho Europeo.	31
1.3.2. Las actividades privadas de interés público.	32
1.3.2.1. ¿Qué actividades podrían ser parte de la noción de interés público?	33
1.3.2.2. Las obligaciones de servicio público que debe soportar la actividad privada calificada como de interés público.	36
1.3.3. Diferencia entre los servicios públicos y las actividades de interés público.	36
1.4. La actividad bancaria, su doble dimensionamiento entre el servicio público y el interés público.	39
1.5. ¿Constituye la actividad bancaria en el Ecuador un	

Servicio público?.....	45
1.6. La constitucionalización del derecho financiero.	49
Capítulo segundo.....	51
La actividad bancaria en el Ecuador	51
2.1. El carácter constitucional de los servicios financieros.	51
2.2. Concepto de orden público.	54
2.2.1. La indeterminación jurídica del vocablo orden público de la actividad bancaria.	56
2.2.2. El orden público como límite de la autonomía de la voluntad privada.	59
2.2.3. Función de la industria bancaria en el Ecuador como parámetro de contenido de orden público.	62
2.2.3.1. El sistema de pagos y el manejo del ahorro y del crédito.	67
2.2.4. Derechos fundamentales que debe observar la actividad bancaria.	70
2.2.4.1. Libertad de empresa y de contratación.....	70
2.2.4.2. El principio de igualdad.	72
2.2.4.3. El principio de solidaridad.....	73
2.2.5. Nuestro concepto de orden público.	75
2.3. La tutela constitucional del orden público en la contratación bancaria	76
2.3.1. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como nuevo principio de la actividad bancaria	77
2.3.1.1. Los intercambios forzosos de intereses como herramienta judicial del orden público para la solución de conflictos bancarios particulares ...	79
2.3.2. La revisión y modificación del contrato bancario	82
2.3.2.1. El contrato bancario.	85
2.3.2.1.1. Pacta sunt servanda.	88
2.3.3. Las garantías jurisdiccionales.	89
Conclusiones	95

Recomendaciones.	99
Bibliografía.....	101

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 no solo que trajo consigo cambios institucionales del país, adicionalmente introdujo cambios conceptuales a varias actividades económicas, entre estas, las del Servicio Financiero, a las cuales catalogó como de orden público. Sin embargo, queda la sensación que esta nueva adjetivación no ha sido lo suficientemente tratada; poco se conoce sobre los alcances, consecuencias y con ello responsabilidades, que tal prerrogativa pueda otorgar tanto para las entidades financieras, como para los clientes de la banca

De este modo queda inscrito en la Constitución un nuevo concepto, que, desde un punto de vista dogmático, legitima la actuación de los poderes públicos en dos ámbitos: la regulación económica como fin del Estado en ejercicio de los deberes que el Régimen de Desarrollo le impone; y la protección como manifestación de la eficacia horizontal de los derechos entre particulares; última concepción que encuentra en el concepto de orden público el criterio de interpretación judicial más eficiente.

De ahí, si bien la presente investigación se remarca a partir de la finalidad de protección en la contratación bancaria, el primer capítulo aborda a manera de antecedentes las nociones de varios conceptos jurídicos que han influido en la actividad financiera, pues a partir de estos conceptos es posible empezar a delimitar el objeto o contenido del orden público y así mismo nos muestra el carácter estratégico de regulación económica que el Estado utiliza en base a estos conceptos. Así por ejemplo, aquellos caracteres del concepto de servicio público relacionados con la actividad bancaria o aquellas cargas públicas que hemos señalado deben ser observados por los servicios privados de interés público, nos permitirán identificar el contenido de dicho concepto, pues cuando un intercambio bancario se aparta de tales deberes, la función de protección del orden público encuentra sustento.

Entre tales conceptos, en nuestro primer capítulo nos permitimos hacer una breve distinción de la naturaleza de la actividad bancaria como servicio público o privado pero de interés público. Lo dicho por cuanto el amplio debate doctrinario que

al respecto se ha dado, pero escaso en nuestro país, nos muestra que reconocer a la actividad bancaria como servicio público más allá de otorgar una naturaleza eminentemente pública, era la solución al problema de procedibilidad de las diferentes acciones de tutela constitucional que no era permitida en contra de un particular, si éste no era el prestador de un servicio público.

Posteriormente la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales empezó a tocar las relaciones contractuales entre particulares, entre éstas, las bancarias. Indistintamente de su naturaleza, esta labor proteccionista basó su procedibilidad en las cláusulas generales de principios o conceptos indeterminados, entre ellos el orden público.

Así a partir de lo señalado, nuestro segundo capítulo está dedicado al análisis del carácter proteccionista que hoy remarca el concepto de orden público, principalmente cuando éste se constituye como uno de los fundamentos constitucionales que debe guiar a la contratación bancaria. Conceptos a partir de los cuales se puede ir trazando los parámetros que delimitan su contenido y objeto, que a nuestro sentir se concentran en los siguientes ámbitos: a) En los límites y restricciones de la autonomía de la voluntad privada; b) En las funciones de la industria bancaria; y c) En los principios que trae consigo el derecho constitucional. Por lo que toda actuación o decisión que transgrede a los anteriores presupuestos puede ser entendida como contraria al orden público.

Una vez sentadas las bases de discusión sobre el alcance del concepto en análisis, en este mismo capítulo anotamos como la doctrina de la *Drittwirkung* facilita la aplicación de la noción de orden público en la actividad bancaria, posibilitando un eficiente control por parte de los jueces, a través de los mecanismos interpretativos denominados como la imposición de intercambios forzosos de intereses, los cuales encuentran en las concepciones posmodernas de los contratos, la eventualidad de revisión e implementación como medidas extracontractuales de solución.

Capítulo primero

Nociones generales de los conceptos jurídicos que han influido a la actividad bancaria

1.1. Orden público económico

1.1.1. Concepto y naturaleza del orden público económico

Si bien el término *Orden Público Económico* no aparece determinado en la Constitución de la República del Ecuador y conforme veremos en el presente trabajo, la expresión más cercana es aquella que se utiliza para la caracterización de la actividad financiera como servicios de *orden público*, no es menos cierto que el amplio contenido económico que incorpora nuestra Carta Fundamental, principalmente dentro de lo que el constituyente originario denominó Régimen de Desarrollo y Sistema Económico y Política Económica las normas político-jurídicas y como tal las prerrogativas de las cuales el Estado puede valerse para la organización de la economía. Ricardo Rivero, conceptualiza al Orden Público Económico como:

Un título legitimador de intervenciones limitadoras de la Administración, es decir, un fundamento de prohibiciones, nulidades y sanciones [...] Se trata por tanto, como ha puesto de relieve la doctrina civilista, de una limitación intrínseca a la autonomía de la voluntad, pero es una limitación que debe derivarse de lo establecido en las leyes, no extraerse de una idea preconcebida de lo que en cada momento se entiendan por el buen funcionamiento del sistema económico.¹

Parecería, entonces, que el Orden Público Económico enmarca un papel restrictivo y sancionador del Estado, minimizando el deber de dirección y organización y con estos la garantía constitucional que tienen los particulares frente al Estado, esta imagen restrictiva que nos aporta Rivero se aparta de entre otros aspectos del ámbito cautelar y reforzamiento de las libertades económicas, que deben estar presentes en una correcta organización económica. Es decir, Rivero estaría

¹ Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho Administrativo Económico* (Madrid, Marcial Pons, 2009), 164.

acogiendo un concepto tradicional de orden público, cuya función primordial era la limitación de la autonomía de la voluntad privada.

Lo que no puede desconocerse es que gracias a la Constitución de la República del Ecuador, el Estado retomó sus potestades no solo regulatorias o controladores, sino las de dirección y coordinación de la economía, esto, por cuanto el Orden Público Económico obedece a un concepto axiológico como “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución.”² Aunque este concepto carece del referido ámbito cautelar, es mucho más amplio al incorporar el deber del Estado para organizar la economía.

Como vemos el Orden Público Económico, ya sea a partir de su noción eminentemente sancionatoria o aquella que involucra la potestad de dirección, constituye una herramienta de intervención administrativa en la economía, a través de normas legales, encaminadas a la consecución de objetivos económicos y a la imposición de sanciones, cuando las actuaciones inclusive de operadores privados tiendan a ser un obstáculo en dichos fines.

En el caso ecuatoriano, esta posibilidad de intervención la encontramos, en el artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala:

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

La amplitud del concepto de Orden Público Económico engloba una serie de formas de intervención en la economía, pero además reconoce la participación de la iniciativa privada. Sin embargo, la acción y efecto de intervenir se aprecia claramente cuando las medidas y reglas legales se dirigen a la restricción de la

² Hidrobo Salas, Ramón, *Orden Público Económico y Regulación (Notas sobre la regulación de la actividad comercial vía electrónica*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Revista de Derecho Público Vol. 73, Santiago de Chile, segundo semestre 2010, <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/35669/3737>, revisado el 5 de diciembre de 2014.

autonomía privada, inclusive cuando trastoca principios como la libertad contractual y en ciertos casos de empresa.

Desde el ámbito del Derecho Civil, se consagraba que todo lo que atentaba al orden público se entendía como ineficaz, nulo o inexistente. Sin embargo, cuando la noción del concepto involucra la finalidad económica del Estado, debe ser entendido en un sentido más amplio, que en palabras de Arturo Fermandois, no solo constituye un cúmulo de normas y reglas jurídicas o manifestaciones administrativas organizativas o sancionatorias. Para este autor:

La contingencia es precisamente ajena al orden económico que llamaremos público, porque éste se basa en valores permanentes y opciones axiológicas, que, recogidas primeramente en la Constitución, están destinadas a orientar el comportamiento de los agentes económicos en un marco integral único definido por el Constituyente [...] entendido como un grupo de valores, normas y principios destinados a promover las libertades de las personas en materia económica. O a promover `la recta ordenación de ellos.³

Dicho esto, el Orden Público Económico debe ser entendido, más allá de una expedita facultad restrictiva o intervencionista del Estado, sino más bien como un cúmulo de principios que forman parte de una Constitución Económica, orientados a la consecución de los objetivos primordiales del denominado Buen Vivir o simplemente de la satisfacción del interés público, a través de una adecuada interrelación entre los derechos y libertades económicas de las personas particulares y las potestades estatales, garantizando que las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada obedezcan a aspectos excepcionales y razonables, de tal forma que, la facultad discrecional de la Administración Pública para determinar las normas y reglas jurídicas en ejercicio Orden Público Económico, y no obedezca necesariamente a apreciaciones ideológicas, sino a lo que objetivamente deba entenderse por interés público, lo cual justifica el carácter funcional o finalista del concepto en análisis.

Los conceptos a los que hemos recurrido muestran que el concepto de Orden Público Económico, por su carácter eminentemente ideológico y ahora funcional es

³ Fermandois V, Arturo, *Derecho Constitucional Económico Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, (Chile/Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006), 75.

esencialmente mutable. Su apreciación valorativa sin duda alguna será determinada por el grupo político que en un determinado lugar y tiempo detente el poder, lo que hace del Orden Público Económico, un concepto indeterminado, ante lo cual podemos citar que:

Sobre este particular, el orden público como concepto jurídico indeterminado, conlleva a sustentar que:

... no puede ser facultad discrecional de la Administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público por dos razones: primera, porque una misma situación no puede ser a la vez conforme y contraria al orden, y segunda, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración intervenir en los ámbitos de la libertad garantizados por el orden constitucional. [...] Precisamente, para los administrativistas, los conceptos jurídicos indeterminados son una vía para la reducción de la discrecionalidad, sobre la base de los postulados de mayor justicia y razonabilidad exigibles a la Administración.⁴

La génesis de este concepto, surge del orden público clásico, ampliamente considerado desde la visión civilista para el ámbito de la contratación privada desempeñando una función esencialmente prohibitiva, sin embargo, la lucha por limitar los principios del liberalismo desde la esfera política y consigo la necesidad de ordenar económicamente la sociedad, hacen que el concepto se revalorice como público-económico, “integrando dentro de éstas los grandes principios económicos como son la propiedad privada, la conmutatividad del comercio jurídico, el principio de la buena fe y la moralización de las relaciones económicas, la iniciativa privada y la libertad económica, es decir, la regla de la libertad contractual pero limitada por una concepción social del Derecho.”⁵

Por tanto el orden público, pero económico, es una manifestación propia del Constitucionalismo moderno, cuya característica de ejercicio asociada al campo

⁴ García de Enterría, Eduardo, *La Lucha contra las inmunidades del Poder, 1962, Cuadernos Civitas 1974, citado por Nicolás López Calera, El Interés Público entre la Ideología y el Derecho*, Universidad de Granada – España, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:u6v7lvCvkuEJ:revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/502/592+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec> p. 136.

⁵ Acedo Penco, Ángel, *El Orden Público Actual Como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>, p. 362.

económico, posibilita el dirigismo, planificación, supervisión y regulación por parte del Estado, a través de sus diferentes formas de intervención administrativa y a partir de las cuales estamos ante un mecanismo de protección, que en palabras de Ruiz Zorrilla, cuando actúa dentro del Derecho Privado, ha de servir como instrumento constitucional para moderar determinadas relaciones particulares, especialmente cuando existe gran desigualdad entre las partes que van a operar en el contrato⁶, respecto de cuyos alcances nos ocuparemos más adelante.

1.1.2. Técnicas del orden público económico

Resulta entonces que el Orden Público Económico, se vale de varias técnicas de reglamentación; entre éstas:

1. Orden Público de dirección en la economía, que engloba la emisión de normas legislativas y administrativas de contenido económico.
2. De protección que surge para restablecer el equilibrio de las relaciones contractuales, cuya acepción se asimila a lo que tradicionalmente conocemos simplemente como “orden público”;
3. De fomento, como mecanismo alternativo o facultativo puesto a disposición de los particulares para que estos puedan beneficiarse de incentivos excepcionales, a cambio de la promoción o desarrollo de ciertas actividades económicas.

1.1.3. El orden público económico y su similitud con el poder de policía del estado

Pero no solo desde esta nueva perspectiva constitucional, del Orden Público Económico el Estado encuentra legitimidad para el intervencionismo económico. Por larga data el Derecho Administrativo también se ha preocupado del concepto de policía como sinónimo de intervencionismo, prerrogativa que igualmente actúa en función de lo que pueda entenderse como orden público. Así,

Ramón Parada, señala:

⁶ Acedo Penco, *El Orden Público Actual Como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia*, 363.

Por actividad administrativa de limitación de policía se entiende aquella forma de intervención mediante la cual la Administración restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin sustituir con su actuación la actividad de éstos. [...] La actividad administrativa supone en todo caso que la incidencia negativa de ésta sobre la libertad y derechos de los particulares sea consecuencia del ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio y no efecto directo de una norma⁷.

Tradicionalmente el vocablo “policía” ha sido parte del lenguaje jurídico para definir a los cuerpos y fuerzas de seguridad. Sin embargo, desde la perspectiva administrativista también existe una policía administrativa, cuya función se expresa en la limitación y control de los sectores regulados de forma general o a través de segmentos sociales o económicos. Lo cierto, es que esta manifestación administrativa, tiene por fin, organizar social y económicamente a la sociedad, así como restringir los derechos y libertades de los particulares, pero al igual que lo fuera para el Orden Público Económico, encuentran su justificación en la satisfacción del interés público.

Daniel Mauro Nallar, comparte la línea jurisprudencial de la Corte Federal de Argentina, que a pretexto de este instituto “poder de policía”, adoptó la postura para legitimar la intervención del Estado sobre las relaciones jurídicas privadas, “no a través de conceptos y construcciones jurídicos sino en realidades políticas, sociales y económicas, realizando el correspondiente análisis en profundidad, no sólo de los sucesos que motivan tales intervenciones sino también en la procedencia jurídica de las medidas adoptadas para subsanarlos⁸”, lo cual muestra la inserción del concepto de Orden Público Económico, a través del texto constitucional argentino, pero como un mecanismo de protección o fundamento para el restablecimiento de equivalencia contractual.

Darí la impresión de que orden público económico y poder de policía, son sinónimos, pues en ambos la intervención administrativa, para el caso que nos ocupa, en relaciones jurídicas particulares, constituye la piedra angular de los conceptos. En

⁷ Parada, Ramón, *Derecho Administrativo I Parte General*, Décimo Octava Edición, (Madrid, Marcial Pons, 2010), 345 - 346.

⁸ Mauro Nallar, Daniel, *Regulación y Control de los Servicios Públicos*, (Buenos Aires, Marcial Pons, 2010), 227.

nuestro criterio el concepto de orden público económico es más bien de creación del Derecho Constitucional y como se remarcó busca la armonización de los agentes económicos, mientras que la actividad administrativa de policía es propia del Derecho Administrativo, inclusive nos atrevemos a decir que el orden público es el fundamento para que el Estado ejerza sus potestades administrativas de limitación y restricción que le han sido asignadas.

Los dos conceptos tienen una misma finalidad, la satisfacción o consecución de necesidades de interés público. Sería inoficioso o impropio considerar que, tanto desde la perspectiva del Orden Público Económico como a partir del poder de policía, el Estado es únicamente restrictivo: al contrario, dichas cuestiones terminológicas deben ser entendidas como un conjunto de medios o actividades administrativas, de las que se vale el Estado para regular la actividad de un particular, claro está, en la búsqueda de un fin de utilidad pública o de satisfacción general.

A nuestro juicio, la autorización implica; en primer lugar, la preexistencia de un derecho del particular para ejercer determinada actividad económica; y, en segunda la potestad del Estado para concederla siempre que haya sido posible superar los requisitos o exigencias regladas que afectan a la misma. Claro está, que la decisión de la Administración no deberá obedecer a ningún margen arbitrario de discrecionalidad, por ello decimos que la facultad limitadora de autorización es reglada, lo que implica que para ser otorgada o denegada basta un simple proceso de subsunción o silogismo, entre el derecho preexistente y la verificación de los requisitos previamente establecidos para determinada actividad.

En el caso ecuatoriano, esta forma de intervención, se encuentra reglada con relación a la actividad bancaria, en la sección VIII del Capítulo IV de la Constitución de 2008, la cual incluyó el requisito de autorización previa por parte de la Superintendencia de Bancos, además de las restricciones hacia los directores o accionistas de las instituciones financieras a fin de que no puedan ser titulares de directa o indirectamente de acciones o participaciones, en empresas ajenas a la actividad financieras; lo cual sumado a los requisitos de solvencia económica del actual COMF son las exigencias regladas que facultaría el ejercicio de dicha actividad. Así el artículo 144 del referido cuerpo legal, señala:

Art. 144.- Autorización. La Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en el ámbito de sus respectivas competencias, autorizarán a las entidades del sistema financiero nacional el ejercicio de actividades financieras. En la autorización indicada, se determinará las operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios financieros que podrán ejercer las entidades, por segmentos, de acuerdo con su objeto social, línea de negocio, especialidades, capacidades y demás requisitos y condiciones que para el efecto establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Estamos frente a un poder de policía bancario, que como tal comprende la autorización, supervisión, regulación y sanción en materia financiera desde la esfera del Derecho Público. Pero ese ejercicio proteccionista conforme lo veremos a lo largo de este trabajo, se encargará de forma primordial el Derecho Privado, analizado desde un nuevo paradigma normativo y supervigilado por la Constitución.

Por otro lado, tanto el Orden Público Económico como el Poder de Policía del Estado como manifestación propia del Derecho Administrativo, requieren de una reserva legislativa⁹, es decir, que para que el Estado pueda ejercer su actividad de intervención, requerirá de la tipificación de circunstancias, sanciones y políticas en general a las cuales deberán someterse los sujetos regulados; normas jurídicas que además investirán de competencia a los entes administrativos para el ejercicio de este poder restrictivo, como ocurre para este último caso, por medio de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera instituida por el COMF.

Recapitulando lo expuesto, podemos afirmar que tanto a partir de la noción de Orden Público Económico o como del denominado Poder de Policía bancario, el Estado cuenta con una serie de prerrogativas administrativas, que amparadas en la reserva de ley, legitiman la intervención estatal en actividades que históricamente escapaban a controles gubernamentales -financieras- y que seguramente encuentran su fundamento, en los postulados del Constitucionalismo moderno para ejercerlo.

1.2. El servicio público

1.2.1. Concepto y naturaleza del servicio público

⁹ Ramón Parada, *Derecho Administrativo I Parte General*, 341.

Sin duda alguna, otro de los conceptos con los cuales se ha pretendido contextualizar a la actividad bancaria, es el de Servicio Público, probablemente para legitimar un mayor intervencionismo estatal; y, desde una visión cautelar para justificar la procedencia de la tutela constitucional en relaciones individuales entre banca y clientes. En todo caso, debemos empezar reconociendo, que el servicio público en la actualidad, puede ser una categoría de uso estratégico para fines político-económicos, por lo que procuramos ofrecer los criterios suficientes que contribuyan a una adecuada delimitación del concepto.

Jorge Fernández Ruiz, define al servicio público como:

Toda actividad técnica destinada a satisfacer, de manera uniforme y continua una necesidad de carácter general, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.¹⁰

Aludimos esta definición, por cuanto la misma involucra dos aspectos relacionados con la línea de investigación del presente trabajo. Por un lado el autor comprende al servicio público como “una actividad técnica”, lo que presupone que su catalogación dependerá de un análisis objetivo y no obedecerá a apreciaciones de orden ideológico; y por otro, a nuestro sentir, el autor deja abierta la posibilidad de que un servicio que involucra como objetivo la satisfacción del interés general, pueda ser provisto por particulares y como tal sujeto a limitaciones, entre éstos, sobre el axioma de libertad contractual, el que a su vez alcanza su mayor carácter restrictivo cuando el concepto de orden público empieza a delinearse como principal argumento para el restablecimiento del equilibrio contractual.

Lo cierto es que la institución del servicio público ha sido uno de los conceptos jurídicos indeterminados que mayores debates ha generado en virtud de su compleja e imprecisión conceptual, así como la posibilidad de ser argumentado en función de la ideología de los gobernantes. En todo caso, este concepto no puede seguir siendo comprendido en base a concepciones tradicionales o históricas, la realidad actual nos coloca en la obligación de revalorizarlo ya no como una simple

¹⁰ Fernández Ruiz, Jorge. *Disertación Sobre el Servicio Público*, Foro: Revista de derecho, No. 13 (I semestre de 2010), 14.

actividad prestacional o de gestión del Estado, sino además como un concepto que involucra el trabajo conjunto del Estado y los particulares en procura de la consecución del interés público.

Partamos de la concepción que la Constitución de la República del Ecuador, hace en relación a los servicios públicos. El artículo 85 de nuestro texto político, marca un perfil de naturaleza teleológica, toda vez que prevé que los servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir, garantizando que estos respondan a los principios de solidaridad, obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, conforme lo recoge en el artículo 314 de la misma Constitución.

En base a lo señalado, cuando la Constitución de la República del Ecuador, le impone el papel de garante al Estado en la prestación de los servicios públicos, sin duda alguna se empieza a configurar una nueva concepción de este concepto. Parecería que el Estado al asumir su rol de garante de los principios del servicio público, procura dejar de ser el titular exclusivo de la prestación, para compartirla con otros agentes inclusive privados.

1.2.2. Nociones clásicas y modernas de servicio público

Tradicionalmente se ha entendido como servicio público, a toda función o de gestión administrativa propia de la Administración Pública, a través de la cual el Estado asume con carácter excluyente determinadas actividades en favor de sus ciudadanos. El concepto permitió configurar la separación de poderes públicos, inclusive fijando la competencia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la competencia de la jurisdicción ordinaria. A este respecto, Agustín Gordillo, señala que:

La noción de servicio público floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración, y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo. La relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia de los tribunales llamados contencioso administrativos, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, la monopolización del servicio o falta de libre competencia,

etc. [...] Posteriormente la noción fue perdiendo importancia hasta quedar restringida a mostrar un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad; pero como este régimen jurídico es contingente a políticas económicas que han sido cambiantes en el siglo XX, y vuelven a ser cambiantes en la primera década del siglo XXI en nuestro país, la noción también debe mutar, desaparecer o reaparecer según como se presente ese régimen jurídico en cada contexto económico temporal.¹¹

Para la denominada Escuela de Servicios Públicos, de creación de León Duguit y Jéze, quienes “delimitaron el alcance de esta noción a toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes¹²”, la piedra angular de su criterio orgánico y funcional radicaba la titularidad de la actividad en manos del Estado, como un poder que debía ser impuesto para satisfacer la finalidad de interés general de prestar servicios públicos¹³.

Posteriormente esta noción de servicio público empezó a evolucionar o enfrentar una crisis funcional, en gran medida gracias a la aparición de actividades industriales y comerciales que inspiradas en un fin lucrativo permitían satisfacer necesidades generales y en los cuales la participación de la Administración Pública no podía sustentarse. El monopolio del Estado en la prestación de los servicios públicos provocó la crisis de la Escuela clásica del servicio público, esto a decir de Bernal Pulido, por cuanto a raíz de diversas consideraciones económicas y fácticas se podía admitir que los servicios públicos podían y en ciertos casos debían ser prestados por “organizaciones con estructura similar a la de las empresas privadas o incluso por estas mismas”. Bernal Pulido recalca entonces que el “distanciamiento más significativo de la escuela clásica tal vez estribe en el reconocimiento de que el “interés general” no es el único elemento integrante del servicio público”.¹⁴

Surgen así nuevas nociones del servicio público, inspiradas en un concepto de material y finalista. Marienhoff, establece que el servicio público consiste en:

¹¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Octava Edición, (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo), 2006, VI-2.

¹² Bernal Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, (Bogotá, Universidad Externando de Colombia, 2009), 173.

¹³ Precisamente Carlos Bernal Pulido, establece que esta noción es primordialmente funcional y orgánico, cuya piedra angular radicaba en el titular de la prestación del servicio, es decir, en el Estado.

¹⁴ *Ibíd*, 176.

Toda actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general, cuya índole de gravitación en el supuesto de actividades de los particulares o administrados requieran el control de la actividad estatal.¹³

El fenómeno teleológico que venimos enmarcando en el concepto de servicio público, supera su noción tradicional, para refundarlo desde una noción subjetiva y otra funcional, pues busca remarcar un contenido mucho más material o sustancial, que a decir de Alberto Montaña “va a coincidir con una noción que, aunque un poco ambigua, va a tener una incidencia definitiva como elemento de aproximación material de la Administración Pública en nuestros días: el interés general”¹⁵.

Así empieza a delinearse una nueva concepción, encaminada a sustentar que toda actividad pública, con independencia de su elemento subjetivo (público o privado), que tenga por objeto la satisfacción del interés general, merece ser considerada como servicio o al menos regulada como servicio público.

Por otro lado, en nuestra época la doctrina parece restar importancia a las nociones que hemos comentado, para conceptualizar al servicio público indistintamente de carácter funcional, subjetivo u objetivo, y considerarlo como una verdadera técnica de regulación que puede recaer sobre determinados aspectos de una actividad o sector orientándose a una mejor satisfacción del interés público. Sobre este particular, Daniel Mauro Nallar, concibe que a partir de esta revalorización:

Se impulsa ahora un concepto mucho más operativo y económico del servicio público, tendiente a asegurar su eficiencia y operatividad mediante un trabajo conjunto Entre el Estado y el sector privado. Así es como el servicio público técnica o <<régimen>> regulador (no ya como actividad) es un instrumento de vital importancia para el correcto desarrollo y crecimiento de los estados, así como también, obviamente, para la satisfacción, a través de la actividad afectada, de todo lo atinente al bienestar general.¹⁶

¹³ Marienhoff, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tercera Edición actualizada, 1983), 55.

¹⁵ Montaña, Alberto, *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2da edición, 2005), 170.

¹⁶ Nallar, *Regulación y Control de los Servicios Públicos*, 193.

Para sustentar es nueva concepción de servicio público, Daniel Mauro Nallar, recurre a tratadistas como CASSAGNE, quien “expresa que todo servicio público consiste en una prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económico y social, que satisface una actividad básica y concreta del habitante”¹⁷, la cual sin desconocer los elementos clásicos (obligatoriedad, uniformidad, igualdad, etc.), “es fundamentalmente un técnica o régimen que sustenta la regulación del Estado sobre las prestaciones, las cuales siempre deben subsistir bajo la gestión privada...”¹⁸

Para este sector de la doctrina el fundamento del servicio público radica en la satisfacción del interés público, a partir de lo cual será una verdadera técnica del Estado para regular todas las actividades que a su creer le permitan cumplir el bienestar común, el buen vivir o el *sumak causay* en términos de nuestra Constitución. Esta función de regulación ha sido concebida desde un contexto constitucional como una noción operativa del servicio público, lo que guarda relación con nuestra Constitución en la que reconoce al ser humano como sujeto y fin, principio plasmado en su artículo 283.¹⁹

No obstante, en nuestro criterio esta noción no implica la asunción por parte del Estado de actividades privadas tendientes a satisfacer necesidades básicas de la población, por el contrario, legitima el poder de policía propio de la actividad administrativa para regularlas y controlarlas con mayor raigambre. Asumir la titularidad de actividades económicas bajo el calificativo de ser un servicio público, llevaría implícitamente la responsabilidad del Estado sobre dichas actividades, que contrastaría a la exención que el propio constituyente impuso en el inciso final del artículo 308 de la Constitución de la República del Ecuador.

1.2.3. El objeto o finalidad del servicio público

En todo caso, ya sea a partir de un criterio objetivo o material o la noción fundada a partir de la naturaleza teleológica como técnica regulatoria, el servicio público buscará la satisfacción del interés general, ergo, tiene como fin satisfacer una necesidad de interés público y por tanto de orden público, pues sin este no sería posible la satisfacción del primero

¹⁷ *Ibíd.*, 160.

¹⁸ *Ibid.*, 160.

Inclusive a la hora de verificar el cumplimiento de su objeto, poco importará si este proviene de la gestión del Estado o de los entes privados, para lo cual deberá estar dotado de los regímenes jurídicos propios del Derecho Público, que asegure los caracteres que a continuación detallamos.

1.2.3.1. Características del servicio público

El servicio público reúne las siguientes características: **a)** Continuidad; entendida como la prohibición de suspensión o interrupción; **b)** Regularidad; que implica la conformidad con las normas jurídicas, reglas y condiciones preestablecidas, por lo que toda actividad que pretenda ser considerada como servicio público, merece calificación legislativa previa como tal; **c)** Igualdad; entendida como la garantía de que estará a disposición de todos los habitantes en las mismas condiciones, y que como tal permite al beneficiario exigirlo; **d)** Generalidad; para muchos doctrinarios como sinónimo de igualdad; en todo caso, este carácter significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio público; **e)** Obligatoriedad, que se vincula con la seguridad de que será efectivamente prestado para la satisfacción. Héctor Mairal en cita de Miriam Mabel Ivanega, señala que “existe el servicio público allí donde quien presta la actividad está obligado a prestarla a quien lo solicite [...] pero el carácter distintivo de una actividad económica para determinar si el régimen jurídico al que está sujeto constituye un servicio público es este criterio de obligatoriedad”²⁰; y, **f)** Solidaridad, este último propio de la Constitución de la República del Ecuador cuya tipicidad se enmarca en el número 1 del artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador, modelo que fue adoptado por el constitucionalismo colombiano, a través del cual se pretendía establecer una correspondencia económica entre los mandatos en materia de tarifas y el modelo de servicios públicos²¹.

Merecer destacarse el elemento obligatoriedad, constituye el carácter distintivo para calificar a una actividad dentro de la categoría de servicio público. Así en el caso que nos ocupa, si la actividad financiera fuera obligatoria, entonces sería

²⁰ Ivanega, Miriam Mabel, *Elementos de Derecho Administrativo*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008), 209.

²¹ Montaña, Alberto, en la obra *El Concepto de Servicio Público*, en el *Derecho Administrativo*, p. 69, nos comparte la noción de solidaridad como un derecho que perfila las finalidades y por ende los deberes del Estado, sin que las nociones de servicio público sean o no identificables con dichas funciones.

un servicio público, sin embargo, prima facie consideramos que este requisito no se encuentra en la actividad bancaria en tanto y en cuanto la banca goza del privilegio para escoger o seleccionar a sus clientes, claro está, en base a criterios objetivos conforme se pondrá de relieve más adelante.

La doctrina también ha incorporado como uno de los caracteres a la titularidad estatal del servicio público; pero conforme lo hemos indicado éste fue uno de los elementos de la Escuela Clásica del Servicio Público, a partir de la cual se consideraba que el Estado era el único quien podía desarrollarlo, lo cual implicó dejar al sector privado actuar sin límites normativos. Sobre esta denominada *publicatio*, aclara CASSAGNE que:

No implica atribuir al Estado derecho real alguno, sino que consiste en la transferencia fundada en la necesidad y trascendencia social de la titularidad privada a pública, y que en caso de las privatizaciones, sirve como fundamento de la regulación económica que el mismo Estado conserva sobre las prestaciones por el régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad.²²

Por tanto, la revalorización de la noción de servicio público como técnica que sustenta la regulación Estatal no implica autorizar al Estado para que asuma la prestación, salvo aquellas actividades que siendo esenciales para la satisfacción del interés general no cuenten con una persona privada dispuesta a asumirla. De esta forma, la *publicatio* deberá trasladar al Estado únicamente el papel de garante de las prestaciones que bajo gestión privada contribuyen con el referido interés público.

1.2.4. Servicio público propio y servicio público impropio

No existe una clasificación uniforme de los servicios públicos, crear un catálogo de éstos dependerá de los múltiples puntos de vista, de sus nociones, en fin, de una diversidad de criterios jurídicos, políticos y socio económicos. En todo, caso en base al espíritu del presente trabajo, resulta oportuno atender aquellas clases que miran como sujeto de la prestación a los particulares.

Jorge Enrique Calafell, siguiendo a Rafael Bielsa, establece que:

²² Nallar, *Regulación y Control de los Servicios Públicos*, 161.

Son servicios públicos propios aquellos que se proveen directamente por el Estado o por concesionarios; mientras que por servicios públicos impropios explica, son aquellos que tienen en común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado quien lo presta, ni los concede, sino tan sólo los reglamenta. Ente estos servicios están no poco de los llamados de interés público o de necesidad pública.²³

Se suele ubicar dentro del contexto de los servicios públicos impropios, a lo que cierto sector de la doctrina ha denominado “Servicios Privados de Interés Público” cuyo debate adquiere su mayor connotación a la hora de definir las nociones de “interés público”, “interés general” e inclusive cuando se trata de asimilarlo con la figura del “servicio económico de interés general” propio del Derecho Comunitario Europeo.

1.3. Servicio privado de interés público

Si bien la expresión interés público es un concepto jurídico indeterminado al cual pueden ser adscritos distintos significados, la doctrina ha tratado de identificarlo como una subespecie del concepto de servicio público. Resulta relevante para el presente estudio conocer el origen del concepto “interés público” y “actividades privadas de interés público”, toda vez que, de estos se podría delimitar la naturaleza jurídica de la actividad bancaria y como el concepto de orden público empieza a relacionarse con esta importante actividad económica.

En este orden de ideas, Luis Fernando López, considera que:

Dado los márgenes semánticos del vocablo interés público podría ser una noción equivalente a interés general, por oposición al interés individual... () ... A partir de esto podría definirse al interés público como el agregado de las metas más importantes que la sociedad persigue para todos sus miembros, y no para un grupo en particular, y ello por relevante, amplio o poderoso que este pueda ser.²⁴

²³ Calafell, Jorge Enrique, *Los Servicios Públicos*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr12.pdf>, p. 197.

²⁴ López, Luis Fernando, *El Principio de Igualdad en la Actividad Financiera*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012), 156 - 157.

Desde esta perspectiva, se incluye a la sociedad como el participe en la consecución de los fines de interés general. La sociedad, porque de ésta dimana una diversidad de actividades privadas, que en virtud de su importancia económica y social merecerán una mayor regulación y control por parte de los organismos estatales, esto, a través del poder de policía o intervención que estatal y si se quiere en virtud del Orden Público cuando las contrataciones de los particulares se ven afectadas objetiva y sustancialmente.

Podemos afirmar que el denominado instituto de interés público encuentra su génesis en la constante lucha que tuvo el derecho administrativo europeo, que enfrentó una gran problemática al tratar de regular las actividades de los particulares, sin embargo, la escasa regulación y control estatal sobre dichas actividades, hace que surja la noción de “actividades de interés público”, que Gaspar Ariño Ortiz, las resume en cuatro puntos:

1. Son actividades privadas, en otras palabras, actividades que no están a cargo del Estado y, por ende, tampoco lo está su titularidad;
2. Son de interés general por las implicaciones que tiene su prestación;
3. Están dirigidas al público en general y no a un sector específico y, por lo tanto, reducido, y
4. Se hallan sometidas a un régimen de autorización y no de concesión, como de ordinario sucede con los servicios públicos en la teoría tradicional.²⁵

En suma, la teoría del interés público depende a su vez de la teoría de interés general, términos que inclusive han sido considerados como sinónimos. Esta apreciación, nos permitirá abocar más adelante al estudio de las actividades de interés general. Sin embargo, es evidente que igualmente la noción de interés público y con ésta de interés general, adolecen de contar con una definición clara, cuya noción dependerá de las variables que el pensamiento ideológico que los gobiernos de turno pretendan atribuirle.

Entonces queda claro que la noción de interés público que se viene abordando, no constituye una especie de servicio público, las actividades de las cuales se aprovecha esta conceptualización, deben ser catalogadas como actividades regladas o esencialmente reguladas. No obstante, no han sido pocos los intentos por

²⁵ Ariño Ortiz, Gaspar, *Empresa Pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que se puede aprender*, (Madrid, Arazandi, 2007), 542.

concebirlos en dicha forma, como cuando la doctrina recurre a la definición de los llamados servicios públicos impropios, “que se caracterizan porque tampoco aquí existe publicatio, pero por tratarse de actividades de especial interés público, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van más allá de la autorización como “levantamiento de un barrera” y afectan al desarrollo de la actividad autorizada²⁶”.

Conforme lo recoge Luis Fernando López, en apreciación de Gaspar Ariño Ortiz, si bien el término servicio público impropio es sinónimo de las actividades de interés público; pero afirma se trata de un error metodológico, y de precisión técnica, denominar dichas actividades como servicios públicos, toda vez que son sustancialmente diferentes, entre tales diferencias la finalidad de lucro, el derecho de empresa y como tal de elección de sus clientes, la titularidad, etc.²⁷

Así las cosas, volvemos a encontrar que la calidad de actividad de interés público con el que pueda adjetivarse a ciertas actividades comerciales, industriales o profesionales por identificar varias de éstas, al igual que lo fuera el orden público así como la noción más reciente de servicio público, encuentran un mismo fundamento, la de ser técnicas regulatorias que permiten a la Administración pública, muchas veces, sin una mayor razonabilidad imponer restricciones a principios de derecho privado, emitiendo órdenes administrativas a su subordinado particular para que éste se vincule con un interés de orden público, pretendiendo así que el empresario rezague el fin esencialmente lucrativo de la actividad. Técnicas que encuentran en el orden público su mayor argumento interpretativo.

Tampoco ha sido extraño el estudio de la doctrina especializada acerca del interés público como una manifestación del concepto funcional del servicio público. Se reconoce al interés público como una actividad que satisface intereses generales, con independencia de si es prestado por los particulares o por el Estado, conforme lo atiende Alberto Montaña Plata, al tratar la concepción objetiva de los servicios públicos²⁸. En todo caso, creemos que esta apreciación funcional sobre el interés

²⁶ Vaca, Víctor Sebastián, *Servicio Público, Servicio Esencial, y Servicio Universal en el Derecho Peruano, en Teoría de los Servicios Públicos*, Orlando Vignolo (Coordinador), (Lima, Grijley, 2009), 368.

²⁷ López, Luis Fernando, *El Principio de Igualdad en las Actividades Financieras*, 161.

²⁸ Montaña Plata, Alberto, *El Concepto de Servicio Público, en el Derecho Administrativo*, 170.

público no sirve de fundamento exclusivo para determinar el concepto de servicio público, sino más bien, permite trazar un fundamento del cual se vale el Estado para la satisfacción del interés general, a través de sus propias competencias o de aquellas de iniciativa privada que afecten actividades social y económicamente sustanciales.

1.3.1. Las actividades económicas de interés general en el marco del Derecho Europeo

En la necesidad de superar la noción tradicional de servicio público, la Comunidad Europea en búsqueda de los mecanismos que le permitan potenciar la integración económica de sus naciones y fortalecer una prestación eficiente de servicios de interés general, creó el denominado Libro Verde Sobre los Servicios de Interés General, en cuyo número 17 dispuso que:

La expresión <<servicios de interés económico general>>, utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público.²⁹

Pese a ello, en el número 19 del mencionado Libro verde, la Comunidad Europea, estableció que los términos “servicio de interés general” y “servicio de interés económico general” no constituyen servicio público³⁰, que en este contexto, la Administración Pública se limita a controlarlos y regularlos, lo cual lleva implícito el poder de los Estados miembros, atendiendo sus necesidades, a calificar como actividades económicas de interés general a aquellas que en función de los constantes

²⁹ Libro Verde sobre los Servicios de Interés General: http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/libro-verde_com2003-270.pdf, consultado 12 de diciembre de 2015.

³⁰ 19. Los términos “servicio de interés general” y “servicio de interés económico general” no deben confundirse con la expresión “servicio público”, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión.

cambios económicos y sociales deban adaptarse a esta categoría. Pero estas actividades, una vez merecedoras de tal adaptación, habrá de someterse a los caracteres del servicio público, como la continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad a las que nos referimos líneas atrás.

1.3.2. Las actividades privadas de interés público

La satisfacción del bien común depende, por tanto, de las prestaciones públicas que el Estado se encuentra obligado a suministrar; así como de aquellas que los particulares en virtud de su propia iniciativa y que revestidas de una naturaleza económica y marcadas por una intensa regulación o intervención estatal, coadyuvan a esta finalidad. En todo caso, esta influyente regulación no es suficiente para transformar una actividad de naturaleza jurídica privada en servicio público, ni siquiera bajo la denominación de servicio público impropio, conforme lo ha sustentado un importante sector de la doctrina administrativista.³¹

De allí, que a nuestro modo de ver y atendiendo la idea del presente trabajo, resulta de mayor propiedad adscribirnos a la categoría de los “Servicios Privados de Interés Público”.

Christian Rojas Calderón, señala:

Son actividades claramente servidas por los particulares las que, al mismo tiempo son fuertemente intervenidas en razón del hecho que las cuestiones a que se refieren las mismas y que se traducen en un bien o en un servicio, no tienen un interés meramente particular, sino que se excede dicho ámbito, encontrándose comprometido con ello un interés general o colectivo— público finalmente- con lo que realizan.³²

De esta forma, no solo aquellas actividades privadas que hayan merecido autorización administrativa pueden entrar en esta categoría, sino todas aquellas que

³¹ Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo General Servicio Público*, Caracas, Ediciones Paredes, 2010, p. 74. Así señala el autor, que “Al respecto se observa que la mayoría tanto de la doctrina francesa (BRACONNIER, VALETTE RIVERO, VEDEL), como la española (GARCIA DE ENTERRIA CUESTA, SANTAMARIA PASTOR, GARCIA-TREVIJANO FOS, ARIÑO ORTIZ Y LOPEZ DE CASTRO), se ha pronunciado en contra de la consideración de tales actividades como auténtico servicios públicos y ha sido objeto de severas críticas, pues por intensa que sea la intervención administrativa en ellas nunca podrá transformar en pública su naturaleza privada.

³² Rojas Calderón, Christian, *La Categoría Jurídica de los Servicios Privados de Interés Público*, <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n1/art08.pdf>, p. 185.

ostenten una importancia que económica y socialmente propendan a la búsqueda del denominado bien común, aunque tal indeterminación, conforme lo hemos venido estudiando seguramente no siempre podrá obedecer a criterios objetivos y técnicos de los entes reguladores. Vale recalcar que la apreciación sobre el interés general no debe ser vista como si fuera un cheque en blanco o una norma abierta a la arbitrariedad.

En el caso ecuatoriano, esta posibilidad para calificar a determinada actividad económica privada como de interés público, la encontramos en la norma del artículo 433-A de la Ley Orgánica Para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, agregó a partir del 133 de la Ley de Compañías, lo siguiente:

La Superintendencia de Compañías y Valores determinará, mediante la expedición de las regulaciones de carácter general que correspondan, en función de su impacto social y económico, en qué casos una compañía sujeta a su vigilancia y control será considerada como una sociedad de interés público.

En todo caso, interesa que el fundamento de estas actividades, es la noción de interés general, éste como una formulación genérica, dinámica y cambiante, que obedecerá por tanto a una expresión de perfil teleológico y como elemento instrumental del Estado, inspirado por supuesto, en la búsqueda de satisfacciones colectivas o del buen vivir como su fin prioritario.

1.3.2.1. ¿Qué actividades podrían ser parte de la noción de interés público?

Ahora, bien ¿qué actividades privadas de interés público podrían incluirse dentro de esta categoría? Precisamente la indeterminación del concepto impide contar con un catálogo que permita incluirlas o excluirlas; su individualización dependerá de lo se crea como necesario, valioso y lo suficientemente objetivo para la satisfacción de necesidades colectivas o generales igualmente valiosos. Entonces, la interpretación en gran medida subjetiva –pero razonable- de la autoridad reguladora, será la que permita una clasificación enmarcada en aspectos de necesidad y valiosos para el cumplimiento de los fines que componen el interés general, pues el bienestar común no se consigue a base de convicciones eminentemente personales o subjetivistas.

Nicolás López Calera, señala que:

Determinar lo que es “interesante”, “tiene interés” o simplemente que es un “interés” constituye una tarea no reductible a criterios científicos. A veces, su por ejemplo, cuando la relación de un objeto atractivo-interesante se da en muchos sujetos, en una cantidad extraordinaria de sujetos, entonces se podrá decir que paradójicamente se rompe esa relación objeto-sujeto y el objeto resplandece por sí mismo como un interés objetivo [...] sin necesidad de caer en ninguna clase de objetivismo metafísico, hay intereses objetivos, que son aquellos pretendidos por muchos sujetos, como también hay por supuesto otros intereses que son “parciales”, “de parte”, estrictamente subjetivos, porque son tales sólo para un sujeto o unos pocos sujetos, pero que desde luego sin perfectamente respetables.³³

Desde la perspectiva constitucional, la trascendencia social, de la actividad sobre la que recae es clave y fundamento de la intervención administrativa o control público, recordemos que el Régimen de Desarrollo y el Sistema Económico, pregonan que el sistema económico es social y solidario, dentro del cual el ser humano es el sujeto y fin de la política económica.

Y debe quedar aquí nuevamente asentado que considerar a una actividad como de interés público en base a la trascendencia social, podría llevar a una problemática de inseguridad económica y jurídica, pues bastaría que una actividad reúna dicha trascendencia para concebirla como tal. En lo personal, considero que para que una actividad integre al catálogo de interés público, además de su impacto social deberá contener una trascendencia económica lo suficientemente amplia y capaz de dinamizar el sistema económico y que como tal, contribuya sustancialmente con la consecución de los objetivos materiales y teleológicos del Estado.

Es evidente que el Estado como garante de la satisfacción de intereses generales, es quien goza de legitimidad para calificarlas como tal, pero este proceder requerirá de la observación al principio de reserva legal, pues una actividad responde al interés público siempre que en forma previa así haya sido prevista, ya sea a través de la acción legislativa originaria o derivada o ya sea por medio de los entes públicos regulatorios cuando por disposición constitucional se haya delegado esta función.

³³ López Calera, Nicolás, *El Interés Público Entre la Ideología y el Derecho*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4214310&orden=1&info=link>, p. 126.

Ahora bien, podría ser que en algún momento, esta omisión normativa sea suplida por ocasión de las decisiones que las o cortes constitucionales emitan, todo esto, debido a que el nuevo constitucionalismo cambió el sistema de fuentes del Derecho otorgando a dichas corporaciones la posibilidad de crear efectos generales y obligatorios³⁴, sobre lo cual formularemos nuestra apreciación al respecto cuando abordemos la tutela constitucional en relaciones entre particulares, principalmente en cuanto a la actividad bancaria se refiera.

La determinación de las actividades sometidas al interés público, implicaría entonces atender su contenido económico, que estas sean destinadas a satisfacer necesidades, esenciales y encaminadas al bien común, de tal forma que su regularidad y continuidad son condiciones ineludibles para el normal ejercicio de algunos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos: De manera que para la calificación de las actividades privadas de interés público, la razonabilidad respecto a la antedicha trascendencia social y económica, deberá ir acompañada de la justificación de que la actividad a afectarse, promueve el bienestar general y no solo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial o político; solo así las restricciones a la autonomía de la voluntad privada y libertad negocial –que conlleva tal declaración de interés público- serían constitucionalmente aceptables.

Pese a lo señalado, no encontramos antecedentes sobre esta clasificación, sin embargo, el Derecho Administrativo mexicano se encargó de establecer un régimen de las organizaciones privadas en las que el Estado tenía un interés preferente, para lo cual realizó una clasificación conformada por: a) empresas privadas o sociedades, asociaciones e instituciones estrictamente privadas gobernadas por el derecho civil y comercial, pero esencialmente reguladas; b) empresas privadas de interés social o asociaciones altruistas; y c) empresas privadas de interés público, como organizaciones que resguardan finalidades de interés general bajo la vigilancia y fomento del Estado. En todo caso esta clasificación se basó en la consideración que el derecho administrativo otorgó para la prestación de servicios hoy considerados esenciales, como agua potable, energía eléctrica, salud, aquellas que vía concesión

³⁴ Montaña Pinto, Juan, *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho*, (Quito, Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 127.

complementaban el deber estatal de satisfacción general, y aquellas que usualmente celebraban contratos para la ejecución de la obra pública³⁵.

1.3.2.2. Las obligaciones de servicio público que debe soportar la actividad privada calificada como de interés público

Se ha expresado entonces, que las actividades privadas de interés público, al ser catalogadas como tal, deberán responder con obligaciones o cargas de servicio público. Consecuentemente estas obligaciones podrían encasillarse en dos géneros. Las primeras de orden general y que incuestionablemente son aquellas que se imponen como elementos o caracteres tradicionales del servicio público, entre éstas, la de obligatoriedad, regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad, solidaridad. Las segundas, que siendo de orden especial, son las cargas o reglas que en cada caso son impuestas por la Administración, a través de las normas legales o regulatorias – inclusive a partir de decisiones de Cortes constitucionales- que han incluido a la actividad bajo la noción del interés público y que se delimitarán en base a ejercicios argumentativos, entre los cuales la interpretación de la noción de orden público será uno de sus tópicos de mayor presencia.

Diremos que cuando una actividad privada es de interés público, su el agente privado, debe satisfacerla en forma continua, inclusive su injustificada suspensión acarrearía sanciones, permitiendo el acceso en forma general, y limitándolas únicamente cuando por razones objetivas deba hacerlo. Por lo señalado, podemos afirmar que cuando una relación bancaria llegue a inobservar estas cargas públicas, implicaría transgresión del orden público y como tal el concepto empieza a delinear su finalidad de protección.

1.3.3. Diferencia entre los servicios públicos y las actividades de interés público

Si bien el servicio público y las actividades de interés público tienen un mismo objetivo, la satisfacción del interés general, hemos dicho que no pueden confundirse ni siquiera bajo la denominación de servicios públicos impropios o

³⁵ Serra Rojas, Andrés, *Las empresas privadas de interés público: nuevas formas de asociación en el Derecho Administrativo mexicano*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/30/pr/pr11.pdf>.

virtuales. La naturaleza propia de cada uno de estos nos permite identificar varias diferencias.

La más esencial diferencia, tiene que ver en el fin lucrativo que por naturaleza reviste para el particular, mientras que la finalidad del servicio público si se quiere es gratuita. A partir de esta diferencia parecería que la actividad de interés público obedece a su régimen jurídico privado, empero, dada su adjetivación de pública debe coexistir con un régimen público de regulación y exigencias especiales, inclusive soportar órdenes administrativas o intervencionistas.

Otra de las diferencias más visibles, radica en la titularidad de la actividad. Desde la noción tradicional, la prestación compete exclusivamente al Estado, sin embargo, en virtud de la revalorización del concepto (servicio público) como técnica regulatoria, el Estado cumple el papel de garante de la prestación, velando por que sea eficiente aún en el ámbito de un sistema de libre competencia; mientras que en la actividad de interés público, el particular sigue siendo el titular de la misma pero como se ha expuesto, sometida a una intensa regulación administrativista. Sobre esta distinción, Luis Fernando López, señala que:

En el caso colombiano, si la propia constitución prevé que la actividad financiera pueda presentarse por cualquiera que cumpla los requisitos previstos en la ley al efecto, previo permiso del Estado esto quiere significar que no existe una titularidad estatal de la actividad financiera que sea delegable. Si la titularidad de la actividad fuera pública, el Estado estaría llamado naturalmente a prestar el servicio, y al permitir a los particulares hacerlo lo estaría delegando en ellos.³⁶

En Ecuador, la actividad financiera sólo ha sido concebida como de orden público, denominación a partir de la cual no es posible concebir la naturaleza jurídica de la actividad, pero si nos permite encontrar un fundamento de protección y además un argumento de legitimación para una marcada regulación económica. Si el constituyente originario y posteriormente el constituyente derivado procuraban un mayor intervencionismo estatal sobre los servicios financieros, el Estado habría estado mayormente legitimado para ello, si el término utilizado era el de actividad de interés público.

³⁶ López, *El Principio de Igualdad en la Actividad Financiera*, 166.

Seguramente se pretenderá sostener que todo esto no pasa de ser una simple cuestión terminológica, por cuanto ya sea desde la noción de orden público como de interés público, será posible ejercer una regulación especial sobre la actividad bancaria. Sin embargo, recordemos que nuestros estamentos legislativos y jurisdiccionales deben evitar que la indeterminación del derecho sea cada día más latente, por los riesgos que esto implica. Además, el interés público obliga no solo a ejercer una intervención sancionatoria, sino de dirección y de responsabilidad ante fallas del sistema, último particular al cual el Estado ha querido sustraerse en materia financiera.

Otra de las diferencias, que tiene que ver con los caracteres de accesibilidad, generalidad u obligatoriedad, continuidad, igualdad que se remarcan en el servicio público. Sin embargo, esta diferencia estaría dada en virtud de que dichos caracteres son propios de la noción del servicio público, mientras que la actividad de interés público los adopta para su ejercicio. Se ha sostenido que la actividad de interés público “no deja de ser una expresión de libertad económica, dentro de la cual se encuentra la libertad de contratación, aunque hay que reconocer que esta no es absoluta. En ese escenario en este tipo de actividades el prestador no se encuentra obligado a prestar el servicio a todo aquel que lo solicite, aunque cumpla con condiciones objetivas para hacerlo, sobre todo su el solicitante tiene otras opciones en el mercado³⁷”. De nuestra parte diremos que tales caracteres, contribuyen a identificar o delimitar el contenido del orden público en las relaciones de intercambio bancario.

En estricto sentido, cuando por ocasión de regulaciones especiales o desde la perspectiva constitucional se la impone a determinada actuación el operador económico debe respetarla, so pena de tener que soportar sanciones o la imposición de intercambios forzosos de intereses.

Resalta así mismo una diferencia de los regímenes aplicables para las actividades del servicio público y aquel para el caso de la actividad de interés público. Para los primeros se gobernarán principalmente por las normas del derecho público; para las segundas, por el régimen del derecho privado. En este último caso

³⁷ *Ibíd.*, 167.

dado la influencia constitucional, también se guiarán por normas ius-fundamentalistas.

A las antedichas diferencias, se puede agregar un contraste adicional. Para el autor los servicios públicos son insustituibles, toda vez que, cuando uno de éstos por alguna razón deja de ser prestado por el Estado, este puede cumplirlos indirectamente a través de concesiones o asociaciones públicas-privadas; mientras que la actividad de interés público, por su naturaleza privada cuando el particular se ve impedido de satisfacerlo, el Estado en su obligación de garante deberá fomentarla en defensa de su continuidad.

1.4. La actividad bancaria, su doble dimensionamiento, entre el servicio público y el interés público

Si bien nuestra investigación plasmará la incidencia del control constitucional y consigo del orden público sobre la actividad bancaria, no debe escapar ese importante debate que nos trae la doctrina, sobre lo que de nuestra parte nos permitimos denominar *el doble dimensionamiento* de la actividad bancaria, como servicio público o interés público, en virtud de lo cual, nos vemos abocados a recurrir a la doctrina y jurisprudencia constitucional colombiana, así como a la criterios de autores extranjeros que han tratado ampliamente tales posiciones:

Juan Jacobo Calderón, identifica que la apreciación de la actividad bancaria como servicio público, se originó en la sentencia T-443 de 1992 en la cual la Corte Constitucional Colombiana, expuso:

De los precedentes textos constitucionales aparece que la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre interés particulares (artículo 10 de la Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de servicio público que se le atribuyó desde 1992 y que, tanto a la luz de la Constitución anterior (artículo 18) como de la actual (artículo 56) _en este último caso mientras la ley no defina el concepto de servicios públicos esenciales_ faculta

al Ejecutivo para impedir la huelga en dicha actividad y para convocar tribunales de arbitramento obligatorios...³⁸

Dicha sentencia, si bien no obedeció a un conflicto entre particulares y tuvo como temática de discusión primordial la posibilidad de huelga de ciertos operadores económicos, permitió asimilar a la actividad de captación de recursos del público, como una de aquellas que involucra la noción de interés general, fin u objeto de un servicio público, y de allí calificarla como tal.

Por su parte Alexei Julio Estrada, expone que de forma definitiva el la Corte Constitucional Colombiana, sostuvo el carácter de servicio público de la actividad bancaria, a través de las sentencias SU-157, 166 y 167 emitidas con relación a la llamada “lista Clinton”, expedida por el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica para el control de transacciones provenientes del narcotráfico. El documentó enlistó a ciudadanos colombianos que presuntamente estaban involucrados con estos ilícitos, En respuesta de esta lista, varias instituciones financieras procedieron de forma unilateral a cancelar las cuentas bancarias y a dar por concluidas todas las relaciones comerciales. Los argumentos de la Corte Constitucional Colombiana, frente a los reclamos de las personas afectadas, radican en lo siguiente:

5. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela contra particulares sólo procede en los cuatro casos taxativamente señalados, a saber: cuando aquellos prestan un servicio público, cuando su conducta afecta grave y directamente el interés público, cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación y finalmente cuando se presente la indefensión respecto del accionado.

Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito,

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-443-92.htm>, revisado 14 de diciembre de 2015.

o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.³⁹

Conforme lo expone Alexei Julio Estrada, estas decisiones aparte de catalogar a la actividad bancaria como servicio público, el *obiter dictum* abordó la temática de los principios de autonomía de la voluntad privada y libertad contractual propios del derecho privado, respecto de los cuales señaló deben respetar y por tanto someterse a la Constitución, lo cual además sostuvo que un bloqueo financiero sólo pueda ser utilizado cuando existan motivos objetivos y razonables.

Dice, Luis Fernando López que con posterioridad la Corte Constitucional Colombiana, comenzó a marcar una diferencia entre las actividades financieras y la actividad bancaria, sus argumentos nuevamente tuvieron como eje las actividades de interés público, aunque se volvió a introducir la noción de servicio público. Así recalca el autor que:

1. Una cosa es el servicio público y otra la actividad de interés público; 2. La actividad bancaria es una especie del género actividad financiera; 3. La actividad bancaria constituye tanto actividad de interés público como servicio público, y 4. Las actividades bursátil y aseguradora, si bien son actividades de interés público, no son servicios públicos [...] Al hablar de la noción de actividad bancaria la Corte expresa que la misma comparte tanto la condición de actividad de interés público como la de servicio público.⁴⁰

La distinción entre actividad bancaria y la actividad financiera, aparte de obedecer a una diferenciación de género y especie, radica en que la primera engloba entidades dedicadas en virtud de su especialización a la captación de recursos y colocarlos en sus diferentes segmentos de crédito autorizados; mientras que la segunda, además de éstos, se compone de entidades que prestan servicios secundarios y auxiliares. En el caso ecuatoriano, esta composición la encontramos en los artículos 162 y 163 del Libro Primero del COMF.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm>, revisada 14 de diciembre.

⁴⁰ López, *El Principio de Igualdad en las Actividades Financieras*, 181 - 182.

Compartimos el criterio de que debe reconocerse la importancia de la actividad bancaria en la economía y social del país y que en procura de garantizar la confianza pública, como su más importante activo, el Estado cuente con las herramientas constitucionales y legales para asegurarla. De allí, que resulta interesante como una actividad que siendo de interés público, comparta la de servicio público; creándose si se quiere, una naturaleza mixta que es más cercana a la realidad constitucional y administrativista.

En suma, la consideración de actividad bancaria como servicio público, se funda en la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en un sistema de mercado, más no a partir de los elementos propios de un servicio público, principalmente el de titularidad.

Otro sector de la doctrina desde el ámbito del derecho administrativo, también se ha preocupado en calificar a la actividad bancaria como servicio público. Encontramos autores como María Dolores Pereiro, quien sostiene que la actividad bancaria es un servicio público impropio, en la medida que se trata de una “actividad ejercida por particulares con el objeto de satisfacer necesidades de carácter general.”⁴¹

Concepto que precisamente engloba a las actividades ejercidas por los particulares y como hemos dicho con el objeto de satisfacer una necesidad de carácter general, pero que sin embargo, pese a sus restricciones que impiden un régimen puro de libertad económica y jurídica, no pierden su titularidad.

Manuel Acosta Romero, sostiene que la noción del servicio público es cambiante y que evoluciona según lo hagan a su vez las necesidades de la sociedad, por lo que debe irse asimilando a las condiciones de interés público, por lo que recalca no es posible desconocer los cambios de naturaleza social económica y jurídica que ha experimentado la banca, lo que ha llevado a concebir a este negocio privado como un verdadero servicio público⁴². Sin embargo, el propio autor

⁴¹ Pereiro, María Dolores, *La Responsabilidad de los Bancos en el Otorgamiento de Crédito*, citada por Horacio Rosatti Sistema Bancario y Monetario Argentino desde el Derecho Constitucional, en *Tratado de Derecho Bancario*, María Kabas de Martorell (Dir), (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2011) 56

⁴² Acosta Romero, Manuel, *Nuevo Derecho Bancario*, (México, Porrúa, 1997), 149.

reconoce que al Estado no corresponde toda la función crediticia y que a partir de ello es una actividad vigilada.

Francisco Morales Casas, considera por su parte que “la actividad financiera de un país debe ejecutarse continuamente y sin interrupciones. Se considera igualmente que el desarrollo de la economía de una nación debe mostrar un flujo permanente y constante [...] Por ello se busca que la actividad bancaria punto neurálgico del sector financiero, se cumpla sin bruscas e innecesarias interrupciones”⁴³. No obstante, el autor reconoce que la buena marcha de esta actividad en manos de las entidades financieras y la búsqueda de un estado de bienestar, son los parámetros para calificar a este servicio como de interés público; lo cual acentúa nuestra concepción de que es una actividad privada pero de interés público, con las diferencias sobre titularidad y libertad de contratación o selección de potenciales clientes que igualmente se reconoce desde la perspectiva constitucional.

En efecto, merced al ánimo intervencionista de la política monetaria y financiera, el Sistema Bancario Venezolano a través de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, dispuso en su artículo 8 que:

Las actividades reguladas en la presente Ley constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3 de la presente Ley y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto la ejecución de estas actividades deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.⁴⁴

Creemos que no debe confundirse al servicio público con actividad de interés público, si bien los dos conceptos giran alrededor del interés general y de la satisfacción de necesidades colectivas, son términos excluyentes. Las diferencias de

⁴³ Morales Casas, Francisco, *Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios*, Bogotá, Editorial Jurídica Radar Ediciones, 2da. Edición, 1994, p. 404.

⁴⁴Ley de Instituciones del Sector Bancario de Venezuela, http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/leyes/2012-12-21/doc_cfc52eba485096771009eb787c1fb63ddc47e679.pdf. Revisado 15 de diciembre de 2015.

estas categorías nos dan la respuesta. Recapitulando las mismas, podríamos reiterar que la actividad de interés público, aunque sometida a una especial regulación, no pierde su carácter privado y finalidad de lucro; que ésta sólo puede desarrollarse a partir de una autorización administrativa, que le faculta a desarrollarse, permiso que no concede titularidad de la actividad a favor del Estado, quien únicamente a través de sus diferentes manifestaciones administrativas ostenta la posibilidad de imponer sanciones, esto último, en ejercicio del poder de policía y desde la perspectiva judicial, dada la influencia del concepto de orden público será el fundamento para adecuar las relaciones particulares entre banca y cliente.

Si partimos del principio de reserva legislativa propio de la Actividad Administrativa a la que nos referimos en la primera parte de este trabajo, la categorización de servicio público y la de actividad de interés público requiere de la correspondiente norma legislativa o regulatoria, para que así puedan atribuirse las consecuencias propias de tal tipicidad. De todas maneras y parafraseando a Horacio Rosatti, esto dependerá de una ponderación e interpretaciones, que al efecto pueda formular el poder político y del modelo económico que al efecto se instituya en determinado tiempo y lugar y que en ese sentido deberá ser calificada por autoridad competente para que se le asignen las consecuencias de dicha categoría⁴⁵.

Este cambio de dirección, sobre la noción de que la actividad bancaria es de interés público y que comparte o soporta obligaciones propias de servicio público, nos permite concebir una naturaleza mixta, dentro de la cual se plasma una interesante interacción de los regímenes de Derecho Público Bancario principalmente ejercido a través de los entes reguladores y Derecho Privado Bancario, ambos, amparados en la noción de orden público, como ya lo manifestamos para regular en un caso y para controlar desde la esfera jurisdiccional, en otro, que han de examinarse bajo la nueva eficacia constitucional.

Los argumentos para la adjetivación de la actividad bancaria como servicio público se fundan primordialmente en la finalidad de satisfacción del interés general o público, pero no aportan los criterios para superar el carácter intrínseco de

⁴⁵ Rosatti, Horacio, *Sistema Bancario y Monetario Argentino desde el Derecho Constitucional*, en Tratado de Derecho Bancario, María Kabas de Martorell (Dir), (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2011), 115.

titularidad estatal, por el contrario, reconocen que el Estado no le corresponde la función crediticia.

1.5. ¿Constituye la actividad bancaria en el Ecuador un servicio público?

En realidad, la doctrina ecuatoriana resulta escasa a la hora de tratar la naturaleza de la actividad bancaria, sin embargo, desde la academia se han esbozado algunos argumentos que la consideran como un verdadero servicio público. Así el doctor León Roldós Aguilera, considera que:

Para considerar que el crédito bancario es un 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 las empresas bancarias.⁴⁶

El autor sustenta que el carácter de servicio público se logra por la naturaleza del crédito. No obstante, y sin perjuicio de la importancia que el crédito representa en la economía del país, el carácter personalísimo y la libertad de contratación que igualmente se reconoce a favor de las entidades financieras en principio no resulta ser suficiente para tal calificación. Esto no significa que el crédito sea una obligación de servicio público. Rodríguez Azuero, precisamente señala que:

Aunque parezca paradójico, ya que para muchos se trata de un servicio público, y en la práctica, las entidades bancarias ofrecen sus servicios a la comunidad en forma indiscriminada, la conclusión de los acuerdos reviste un carácter personalísimo. En efecto, el mundo y el manejo del crédito implican la concesión recíproca de la más alta confianza y, por consiguiente no es dable que cualquier individuo por el solo hecho de formar parte de la comunidad, esté en condiciones de imponer a los bancos la celebración de un contrato y la realización de ciertas operaciones por su propia iniciativa.⁴⁷

⁴⁶ Roldós Aguilera, León, *Banca y Crédito*, II Tomo, Guayaquil, Publicado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, 1988, p. 12, citado por Andrés Hidalgo Abarca, *el Servicio Bancario y los Derechos del Consumidor*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 66.

⁴⁷ Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios, Su significación en América Latina*, 5ta ed., (Bogotá, Legis, 2002), 173.

Es más, el ánimo de lucro que reviste a esta actividad difiere de la función altruista que es propia de los servicios públicos; pues es lógico que el Estado en la búsqueda de la satisfacción del interés público no procura una ganancia.

Desde la academia se ha mencionado que la expresión de orden público, “obedece a una simple forma ya que con la reforma introducida es innegable que lo que se quiso decir es que estas actividades constituyen un servicio público, aunque en un determinado momento se justificó el uso de dichos términos argumentando que el considerar a dichas actividades como de orden público se refería a la autorización...⁴⁸”.

Probablemente la intención del constituyente originario pudo haber sido la de incluir a los servicios financieros bajo la categoría de servicio público, sin embargo, conforme lo comentamos en la primera parte de nuestro trabajo para dicho fin se requiere de una norma jurídica –reserva legislativa- que así lo declare y ante dicha omisión no es posible incluirla en el catálogo de servicios público. Tampoco se debe dejar de lado que esta omisión pretenda ser suplida por intermedio de las resoluciones de la Corte Constitucional, en tanto el nuevo constitucionalismo busca ampliar el sistema de fuentes; conforme ocurre en el caso colombiano, en donde la Corte consideró que la labor de la industria bancaria y el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.

Sobre esto, que vale reconocer ameritaría un estudio más pormenorizado del llamado sistema de fuentes, por el momento diremos que una declaración en este sentido, por sí solo no alcanza una reforma constitucional, pero si optimizaría los derechos y reglas que puedan guiar de mejor manera las relaciones entre banco y cliente. Lo que pretendemos señalar es que tal incidencia constitucional no será suficiente para que por vía de resoluciones de las Cortes se alcance al margen regulatorio, pero sí, para crear precedentes sobre posiciones individuales o particulares, en donde el término orden público podría otorgar las directrices dogmáticas necesarias para tal efecto.

⁴⁸ Martínez Padilla, Michel Paulina, *La Responsabilidad Bancaria Frente a los Delitos Informáticos*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 41.

A nuestro sentir, la noción de orden público surge en la Constitución de la República del Ecuador, para procurar una mayor intervención estatal de los servicios financieros y dirigirlos hacía la consecución del interés público⁴⁹. Creer que la finalidad del constituyente fue la de crear una categoría de servicio público, implicaría reconocer que tuvo la intención de nacionalizar la actividad financiera, lo que sería económica y socialmente casi imposible, además de contradictorio pues involucraría que el Estado pase a ser el responsable de las fallas sistémicas y de los riesgos de solvencia que a bien tuvo rechazar en el inciso final del artículo 308 de la Constitución.

Es cierto que en nuestra época la actividad bancaria no puede seguir siendo de tratamiento exclusivo del derecho privado, de allí que esta noción de orden público, como hemos dicho, es el fundamento para restringir la autonomía de la voluntad y articular de mejor manera las relaciones particulares entre banco y cliente, razón por la cual nos inclinamos por considerarla como una actividad privada de interés público y por tanto subordinada a una regulación pública especial.

Pese a lo señalado, el problema de reserva de ley impediría en igual sentido, la calificación como actividad de interés público. Sin perjuicio de ello creemos que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, cuenta con la legitimidad para imponer las regulaciones que garanticen la generalidad, continuidad, igualdad, solidaridad y en ciertos casos la obligatoriedad, afianzando así aquellas funciones relacionadas con el sistema de pagos, manejo del ahorro y crédito, caracteres que conforme veremos más adelante, se traducen en parte de lo que pueda entenderse por orden público bancario

Seguramente también se sustentará que, a partir de la noción de servicio público impropio, los servicios financieros es una actividad prestada por un particular y de especial regulación, pero servicio público al fin. Si bien, esta apreciación se asienta en un criterio funcional, tal adjetivación tampoco logra superar declaración legal de titularidad pública y estatal sobre la actividad, pues en esta clase de servicios el Estado actúa bajo concesión y no por vía de autorización; por lo que

⁴⁹ Sobre esta finalidad, el asambleísta Oswaldo Larriva presidente de la Comisión económica cuando tuvo lugar la aprobación del Código Orgánico Monetario y Financiero, señaló que este cuerpo normativo significa una modernización de la supervisión de todas las actividades financieras. (<http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/field/image/o11.jpg>)

en definitiva estamos en presencia de un supuesto de una actividad privada sujeta a una ordenación de policía especialmente intensa.

Ahora bien, gracias a la indeterminación de los conceptos jurídicos que venimos comentando, estos no pasan de ser una estrategia o técnica jurídica. Por lo que indistintamente de lo que en determinado tiempo y lugar pueda entenderse por uno u otro y su relación con la actividad bancaria, lo que interesa es la satisfacción del interés público, por lo cual la industria bancaria habrá de reafirmar su papel de real sujeto dinamizador de la economía e igualmente desde la esfera pública habrá que apoyarle como uno de los protagonistas principales de una transformación social, dentro de un mercado de capital que sustente sus bases en la igualdad material, inclusión y la justicia en la intermediación financiera. Precisamente Pedro M. Sasia y Cristina de la Cruz, en su propuesta de Banca Ética y Ciudadana, sobre la importancia que tiene la banca en la transformación de la sociedad, “cuando decide donde invertir, a quien prestar dinero, para qué y en qué condiciones, la transforma cuando selecciona ámbitos de financiación, cuando comercializa determinados productos o promociona proyectos concreto.”⁵⁰

Se propone así, noción de Banca Ética Ciudadana, que en palabras de los autores precitados, es:

En su versión más simplificada, tiene más o menos la forma siguiente: Una entidad de banca ética es aquella que intenta conseguir simultáneamente dos objetivos: financiar actividades económicas que tengan un impacto social positivo y obtener beneficios. [...] Un proyecto de Banca Ética Ciudadana persigue transformar nuestras sociedades, y particularmente el ámbito de los intercambios económicos que en ellas se producen, poniendo la intermediación financiera al servicio de la justicia.⁵¹

La propuesta permite efectivamente ampliar la igualdad material en la esfera económica, dejando de lado los privilegios fruto de la propiedad privada, esto, precisamente es el fin del Régimen de Desarrollo preceptuado por nuestra Constitución; por lo que a pesar de no otorgarnos una naturaleza jurídica, el orden público como fundamento del interés público es al momento la herramienta de

⁵⁰ Sasia, Pedro M., y De la Cruz, Cristina, *Banca Ética y Ciudadana*, (Madrid, Trotta, 2008), 6.

⁵¹ *Ibíd.* 30 - 169.

regulación más adecuada para guiar a la actividad bancaria hacia la consecución de dichos fines y a su vez –el orden público- constituye el elemento más inmediato para evitar que las relaciones entre banca y cliente escapen a los postulados de equilibrio, igualdad y justicia en el ámbito de la intermediación financiera.

En nuestro personal criterio, creemos que las anteriores apreciaciones, indistintamente de procurar el planteamiento de una nueva caracterización de la actividad bancaria como servicio público, más bien pretenden solucionar una problemática de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones bancarias, es decir, su real objetivo es favorecer el deber de protección. Finalidad tutelar que en la realidad ecuatoriana debe formularse a partir de lo que pueda entenderse como orden público en esta clase de relaciones. Precisamente esta construcción jurídica de protección, propia del constitucionalismo moderno, tiene su génesis en la denominada Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales, que dada su importancia será uno de los ejes de nuestro siguiente capítulo.

1.6. La constitucionalización del derecho financiero

Finalmente, la doctrina gracias a la fuerte influencia constitucional nos aporta una nueva perspectiva de las actividades financieras. Se trata de un efecto propio de la Constitucionalización del Derecho Privado, a través del cual las actividades financieras, deben adscribirse a una llamada Constitucionalización del Derecho Financiero. De allí nos parece interesante, compartir la visión que al respecto formula William Jiménez Gila. De acuerdo con este autor:

La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón de la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar los derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio.⁵²

⁵² Jiménez Gila, William, *Constitucionalización del Derecho Financiero en el Derecho Colombiano*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167617>, 152.

Compartimos lo expuesto por el autor, pues en virtud de la especialidad de la actividad financiera y bancaria por su eminente trascendencia social y económica, el control, la intervención y la regulación que al efecto se requiera, deberá obedecer a parámetros más técnicos y debería estar vinculada al menos al cumplimiento de alguno de los fines esenciales del Estado; sólo así se evitará el abuso del concepto (interés público); criterio que además permite reafirmar la finalidad de protección que el nuevo paradigma constitucional exige, esto, cuando el autor recalca que la libertad negocial en este tipo de actividades debe evitar el abuso del derecho propio y la afectación desproporcional, parámetros que sin duda alguna pasan a ser parte de lo que en nuestra realidad pueda entenderse como contenido de orden público.

Capítulo segundo

La actividad bancaria en el Ecuador

2.1. El carácter constitucional de los servicios financieros

Es menester recordar que la actividad bancaria es una especie de la financiera, por lo que atenderemos el concepto que al efecto incorporó la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 308 que textualmente señala:

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

En términos generales esta connotación económica que ha incorporado la Constitución ha permitido que el Estado tenga nuevamente entre sus diferentes potestades la intervención y regulación de la economía del país⁵³, lo cual “significa restablecer sus potestades económicas restringidas en el período neoliberal y además de ello se ratifica su misión, para impulsar el desarrollo de todas las actividades económicas de los otros sectores comunitarios, cooperativos, asociativos y privados”⁵⁴, a partir de la cual el Estado puede incorporar todas las medidas que tengan por fin la regulación, control, dirección y organización de la actividad y las relaciones económicas, particularidades que han sido identificadas por la doctrina, como los caracteres propios del Orden Público Económico.

En todo caso, se evidencia el ánimo intervencionista del Estado sobre esta actividad, que conforme lo hemos expuesto no necesariamente provoca inestabilidad económica o autoritarismo, siempre que ésta se encuadre en la causa final del Estado, es decir, el logro del bien común e interés público y más aún si en algún momento determinado el Ecuador debió soportar las fallas del mercado bancario que

⁵³ Granda Aguilar, Víctor, *Contenido Económico de las Constitucionales de Bolivia y Ecuador*, (Quito: Ediciones Legales, 2015), 27.

⁵⁴ *Ibíd*, 28.

provocaron graves crisis globales. Así los fines de la regulación no pueden ser otros que los declarados constitucionalmente, en concreto aquellos que se refieren al Régimen de Desarrollo y Sistema Económico y en su ejecución deberá mantener un equilibrio entre los particulares y el Estado.

Roberto Viciano Pastor por ejemplo reconoce que:

Las constituciones económicas en el nuevo constitucionalismo incorporan simbióticamente varios modelos económicos que van desde la iniciativa privada y la justicia distributiva hasta la protección de la economía comunitaria, pero con un elemento común: la presencia del Estado, que se traduce en su participación en aspectos tan relevantes como la decisión pública sobre los recursos naturales, o la regulación de la actividad financiera.⁵⁵

Es más, una adecuada supervisión y regulación permite que un mercado financiero local responda a las necesidades de globalización, en tanto y en cuanto la normativa jurídica que se emita al respecto no sean un freno para la atracción e integración de los mercados financieros y comerciales, por lo que un marco normativo para la actividad bancaria resulta fundamental para dicha finalidad. Señala Patricio Vallejo Moscoso, que esta necesidad permitirá además “el establecimiento de reservas de liquidez garantizando el retorno de fondos captados de terceros fijando cuotas mínimas de capital que garanticen con ello minimizar los riesgos, mantener los márgenes de solvencia y liquidez en donde la intermediación financiera se desarrolle con normalidad.”⁵⁶

Surge así como primordial mecanismo de regulación, el COMF publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 332 de doce 12 de septiembre de 2014, que otorga a través de su artículo 5 la facultad privativa de la Función Ejecutiva para emitir políticas y regulaciones en materia financiera, inspirado en los principios de subordinación como instrumento al servicio de la economía real, reconociendo al ser

⁵⁵ Viciano Pastor, Roberto, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*”, en Política, Justicia y Constitución, Ed. Luis Fernando Ávila Linzán, (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012), 182.

⁵⁶ Vallejo Moscoso, Patricio, *Supervisión Bancaria*, (tesis de maestría en Derecho Económico, (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 1998), 12.

humano como sujeto y fin de la política financiera.⁵⁷; e incluyendo de entre sus objetivos, la democratización del crédito y la protección real de los derechos de los usuarios financieros.

Esta forma de intervención administrativa se ejerce en el Ecuador, por intermedio de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, como parte de la Función Ejecutiva y la responsable de la formulación de las políticas públicas y regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores, dejando a la Superintendencia de Bancos como la entidad de vigilancia, control y supervisión de las actividades financieras. Fija así el artículo 60 del Código, que el propósito de la supervisión es de que estas “actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general”, lo que permite a su vez sustentar, que este principio -de interés general- que tradicionalmente era responsabilidad del Estado, puede ser asimismo provisto por un particular a través de sus diferentes manifestaciones de iniciativa económica.

En este sentido cuando la Administración Pública considerare que la actuación de un operador bancario atenta o pretende transgredir al orden público, podrá imponerlas, cuya potestad ha sido conferida a la Superintendencia de Bancos del Ecuador, en cuanto se refiere a aquellas de orden administrativo, concepto que inclusive fue la base para la determinación de la responsabilidad objetiva de las entidades bancarias frente a los delitos de fraude informáticos, a través de la Resolución Interinstitucional emitida entre la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Fiscalía General del Estado⁵⁸.

Entre las manifestaciones de restricción a la libertad individual, relieves la imposibilidad hacia las propias entidades financieras como a sus accionistas a mantener acciones en empresas ajenas a la actividad financieras por sobre los porcentajes establecidos en el artículo 160 y 256 del COMF, cuya inobservancia, se califica como infracción muy grave con la consecuencia de sanciones pecuniarias, la remoción de sus administradores y la revocación de la o las autorizaciones⁵⁹.

⁵⁷ Arts. 3 y 4 del Código Orgánico Monetario Financiero. De entre estos principios se establece la democratización del crédito como uno de los objetivos, así como la protección de los derechos de los ciudadanos.

⁵⁸ Ver, Resolución Interinstitucional No. 001-FGE-SBS-2011.

⁵⁹ Art. 254, Código Orgánico Monetario y Financiero.

Esta voluntad política, incluso ha llevado en aras de mantener el orden público en la actividad bancaria a tipificar el delito de Pánico Financiero, preceptuado en el artículo 322 del Código Orgánico Integral Penal⁶⁰, delito que busca evitar conductas orientadas a la divulgación de noticias falsas o información inexacta por cualquier medio y con ello evitar daños que pongan en riesgo a las instituciones bancarias, el ahorro y la economía nacional.

Lo cierto es que la revalorización de la noción de orden público que se ha venido incorporando, desde el ámbito constitucional, esto, como parte de las sociedades democráticas, en palabras de Julián Delgado Aguado, dicho concepto “no solamente está delimitado en su contenido, sino que además está dirigido hacia la protección de las libertades. Se produce una aparente contradicción: por una parte el orden público pone límites a las libertades y por otra se convierte en el garante de éstas⁶¹”.

Entonces, fuera de procurar una nueva adjetivación de la actividad bancaria, el real objetivo del constituyente fue sin duda favorecer al deber de protección de las relaciones particulares, entre éstas la bancaria. Finalidad que en nuestro criterio encuentra su génesis en la denominada Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales, por lo que resulta indispensable abordar de forma previa esta temática para empezar a delimitar el contenido denominado orden público.

2.2. Concepto de orden público

Empecemos por realizar un breve análisis al significado usual de orden público. Sergio Muñoz Laverde, nos lleva a la noción de Luis Claro Solar, quien señala:

La expresión orden público, tiene, sin embargo, una acepción más amplia. [...] En esta acepción, orden público es sinónimo de interés público. Este el sentido del principio del derecho romano. *Privatorum conventio jure publico non*

⁶⁰ Art. 322.- Pánico financiero.- La persona que divulgue noticias falsas que causen alarma en la población y provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que pongan en peligro la estabilidad o provoquen el cierre definitivo de la institución, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

⁶¹ Delgado Aguado, Julián, *El Orden Público: Proceso Evolutivo*, en *La Noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*, (Coord.) Salvador Iglesias Machado, (Madrid/ Dikynson, 2011), 36.

derogát en que las palabras jure público, derecho público, no están tomadas en el sentido que se les da ahora de disposiciones que reglan la constitución y fijan las atribuciones de los poderes públicos, sino de lo que se refiera al bien público o de la comunidad, en oposición al interés privado.⁶²

Desde esta noción, el orden público es un límite de la libertad contractual, que opera como fundamento de prohibiciones, limitaciones y declaraciones de nulidad, conforme ocurre con la norma prevista en el artículo 1483 del Código Civil ecuatoriano, que establece que no puede existir obligación cuando determinado acto o contrato se encuentra viciado de causa ilícita, entendida ésta como aquella que es contraria al orden público. Se debe reiterar en claro que el orden público no solo actúa en las relaciones jurídicas del derecho civil, éste tiene una connotación general en todos los ámbitos del derecho, de modo que bien puede estar formulado en normas escritas, o bien expresadas en los usos y las costumbres, reconocido por la jurisprudencia, entre otras fuentes jurídicas.

En la actualidad este concepto va más allá de ser un límite de la libertad contractual, para Jose Antonio Doral en cita de Julián Delgado Aguado, “*los principios a los que tendría que atener el orden público hoy, serían los de libertad, indiscriminación ante la ley y representatividad*⁶³”. Por ello los principios constitucionales que deberá respetar la actividad bancaria, son parte de su contenido y como tal de estricto cumplimiento tanto por las entidades bancarias, así como por sus clientes y usuarios.

Sobre este concepto, otros autores han señalado que:

El orden público no se identifica con el ordenamiento jurídico, esto es, con el sistema normativo e institucional propio de un determinado Estado, su objeto se dirige a tutelar bienes y principios que no son tomados en consideración de modo específico por una norma jurídica, pero son considerados esenciales para el vivir civil de un determinado momento histórico⁶⁴.

⁶² Muñoz Laverde, Sergio, *El Postulado de Autonomía Privada y Sus Límites Frente al Constitucionalismo Contemporáneo Colombiano*, 265.

⁶³ Delgado Aguado, *El Orden Público: Proceso Evolutivo*, en *La Noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*, 21.

⁶⁴ *Ibíd*, 20.

Entonces es posible empezar a concebir el objeto tutelar de bienes y principios que involucra el orden público en el marco de las relaciones bancarias, restringiéndoles y garantizándolos frente a toda lesión, abriendo la posibilidad de los poderes públicos, entre éstos, los judiciales atribuyéndoles importantes competencias interpretativas, pero evitando la arbitrariedad. Así el orden público estará integrado por aquellos principios de libertad de contratación, acceso y permanencia de los servicios financieros en igualdad de condiciones, solidaridad contractual, entre otros que son propios del quehacer bancario.

2.2.1. La indeterminación jurídica del vocablo orden público de la actividad bancaria

En principio, el vocablo orden público es una cuestión de fácil apreciación, sin embargo, a la hora de su aplicación dicha sencillez desaparece, toda vez que su relativismo e indefinición impide que éste cuente con criterios objetivos que lo delimiten. Así, para trazar una recta comprensión de los servicios financieros como de orden público, se torna indispensable acotar las concepciones tradicionales que sobre este tema ha desarrollado la doctrina y que seguramente servirán de lineamiento para comprender como la noción de dicho concepto se interrelaciona con el control judicial y de protección en el ámbito de la actividad bancaria, pues el problema, se acentúa cuando una justicia civil – comercial pretenda apoyar la decisión de casos concretos en la adjetivación que trae el artículo 308 de la Constitución ecuatoriana sin siquiera conocer sus alcances dogmáticos, por lo que es preciso anticipar que en aras de una praxis de decisión coherente el juez base su decisión en enunciados sobre los cuales haya consenso.

Sobre esta teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, Melissa Núñez Pacheco, señala que

Los conceptos jurídicos indeterminados son precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o fijar los parámetros de aplicación, y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel de ambigüedad e imprecisión y, por tal, que pueden admitir aplicaciones diferentes, o ser perfilados de forma distinta, lo que llevará

a generar incertidumbre e incluso confusión , consecuentemente, motivos de duda a la hora de fijar su significado jurídico.⁶⁵

En todo caso se debe tomar en cuenta que los conceptos jurídicos indeterminados son normas abiertas y en caso de conflicto dependerá de la decisión de una autoridad judicial cuando haya de considerar a determinado concepto para la aplicación dentro de los casos concretos en que se vea rodeada dicha indefinición.

Deberemos advertir la enorme dificultad que entraña el propio término, dada su ambivalencia, que en la actualidad se encuentra como principio rector de las materias situadas dentro del orden constitucional, tales como la dignidad de la persona, el derecho de igualdad, entre otros que deberán ser respetados en la actividad bancaria, y que como fundamento para la limitación de la autonomía de la voluntad privada, “suele ser una cláusula de cierre del ordenamiento jurídico en manos de los jueces”⁶⁶ o simplemente un criterio interpretativo de todo ese conjunto de valoraciones, que determinarán cuándo el intercambio bancario cumple con los antedichos principios y si se quiere con la labor de aporte hacía el interés público, pues conforme lo ha señalado la doctrina, “es más adecuado utilizar esta noción para producir las funciones limitativas características del orden público reservando, en cambio la noción de interés público para legitimar las intervenciones positivas”⁶⁷.

Ahora bien, es posible pensar que al encontrarse delimitado para una actividad en especial, en nuestro caso la bancaria, esta indeterminación puede empezar a superarse, conforme lo establece García de Enterría, al señalar que “los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”⁶⁸, lo cual implica que la autoridad judicial deberá

⁶⁵ Núñez Pacheco, Melissa, *Los Conceptos Jurídicos Indeterminados: la mercadería controversias y soluciones*, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede – Ecuador, Serie Magister Volumen 132, 2013), 20

⁶⁶ Acedo Penco, *El Orden Público Actual Como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>, 328.

⁶⁷ Sainz, Fernando, *Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia*, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098114, 606.

⁶⁸ García de Enterría, Eduardo, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, Revista Española de Derecho Administrativo No. 89, enero – marzo de 1996, 83.

asumir la carga de la argumentación a la hora de fijar el alcance de la noción del orden público, como hemos dicho al menos en base a consensos dogmáticos.

En el caso que nos ocupa, la actividad bancaria en Ecuador, como la más destacada actividad financiera, es un área perfectamente identificable, por lo que queda claro que el contenido normativo de estos conceptos, podrían adquirir pleno sentido cuando se lo relaciona con los supuestos de hecho que tienen como objeto un intercambio bancario. Así al instituirse como adjetivo de los servicios financieros, al menos empieza a vislumbrarse una especialidad que guiará las políticas regulatorias y de protección por parte de los poderes estatales sobre esta materia.

Dicha indeterminación jurídica, puede generar graves problemas cuando por ocasión de decisiones administrativas o por la solución de conflictos en que se vean involucrados derechos o libertades de agentes económicos particulares, los límites al alcance de la definición del orden público, sean impuestas por los jueces, con el riesgo de que sus decisiones no obedezcan a criterios objetivos y razonables, por lo que nos atrevemos a insinuar que resulta indispensable que el intérprete base sus decisiones en aspectos de legalidad y en situaciones fácticas debidamente probadas, y principalmente valoradas a la luz de la racionalidad y proporcionalidad que la seguridad jurídica y estabilidad de los mercados financieros exige.

En apreciación general la consecuencia de calificar a la actividad bancaria como de orden público, en principio radica en la mayor potestad regulatoria que tiene el Estado sobre esta; sin embargo, gracias a la indeterminación que venimos comentando, será el quehacer jurisdiccional el que dentro de un régimen garantista que amparado en la necesidad de protección del usuario, fijen las consecuencias mediatas que deba soportar para los casos particulares. Deber de protección que a decir de Alexei Julio Estrada, es una extensión de la eficacia mediata, “sólo que enriquecida, pues los derechos fundamentales serían utilizados no sólo como instrumentos interpretativos de las cláusulas generales y de los “conceptos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente, sino que se realizaría sobre todas las normas de derecho privado⁶⁹”

⁶⁹ Alexei Julio Estrada; *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000), 145.

Entonces para para tratar de superar dicha indeterminación, y fijar su perspectiva de protección, creemos que a esta altura de la investigación debemos enfocar nuestro análisis en las diferentes manifestaciones o de actuación del orden público. En este contexto, nos atrevemos a afirmar que los parámetros que delimitan el contenido y objeto del orden público en la actividad bancaria, se concentran en los siguientes ámbitos: a) En los límites y restricciones de la autonomía de la voluntad privada; b) En las funciones de la industria bancaria; y c) En los principios que trae consigo el derecho constitucional. Por lo que toda actuación o decisión que transgrede a los anteriores presupuestos puede ser entendida como contraria al orden público.

2.2.2. El orden público como límite de la autonomía de la voluntad privada

Tiene esta teoría del orden público una doble dimensión, regular y controlar, de allí que cuando se adecúa como fundamento de restricción sobre la libertad contractual, cuyo axioma llamado principio de la autonomía de la voluntad, tiene decisiva importancia y no solo en la esfera del derecho civil, sino también en el derecho mercantil; por lo que siendo una operación bancaria una categoría de los denominados actos de comercio, resulta indispensable abordar las limitaciones que al respecto puedan originarse.

Esta facultad que el legislador ha otorgado a los particulares para que estos dispongan libremente de sus bienes, creen su propio reglamento, pactando las condiciones que mejor les convengan, sin duda alguna reviste de gran importancia en el campo del derecho bancario privado, y que en nuestro régimen se acentúa expresamente como una institución subordinada al orden público, por lo que nos corresponde fijar el alcance de esta limitación.

Señala la doctrina, que “aunque es frecuente ver en la doctrina la idea según la cual son tres los límites de la autonomía privada: ley imperativa, orden público y buenas costumbres, y aunque los propios textos legales refieran separadamente estas categorías jurídicas, pienso que es posible, conceptualmente hablando, reducir a uno solo el límite de la autonomía privada: el orden público.”⁷⁰

⁷⁰ Muñoz Laverde, *El Postulado de Autonomía Privada y Sus Límites Frente al*

Noción que vista desde el ámbito del Derecho Bancario Público cumple una función positiva, esto es, la de dirigir, supervisar, regular y planificar la economía, conforme lo estudiamos en la primera parte de esta investigación; mientras que entendida desde el ámbito del Derecho Bancario Privado, cumple una función negativa en cuanto ha de significar la restricción, prohibición o control hacia contratos o acuerdos que según los alcances que en diversos momentos y circunstancias se tenga como de orden público, permitiendo inclusive sancionar con nulidad absoluta a los pactos que lo transgredan o conforme veremos más adelante provocar la revisión de los contratos por parte de los jueces.

La noción de orden público conforme hemos visto surge amplia y primordialmente en la esfera del Derecho Civil. Así, Sergio Muñoz Laverde, recurre a la decisión T-468-03 de la Corte Constitucional colombiana, para fijar la función positiva del orden público. Dice dicha decisión que:

En este orden de ideas, la nueva noción de orden público permite, por una parte, imponer la realización de los principios superiores de un estado social, destinados a velar por la conservación y vigencia no solo de las libertades individuales de los ciudadanos, sino también de los derechos sociales o prestaciones de todas las personas y, por otra parte conlleva al reconocimiento de un Estado interventor, quien fundando en principios de equidad, regula imperativamente las relaciones entre particulares, con el propósito de alcanzar un pleno desarrollo económico ligado al logro efectivo de una justicia social. La imposibilidad de admitir un acto o contrato, con violación al orden público, le otorga a dicha garantía el reconocimiento de norma de derecho imperativo, o, en otras palabras de *ius cogens*.⁷¹

La sentencia nos muestra además la relación del orden público como precursor del interés público, es decir la misma función teleológica de los conceptos analizados en la primera parte de este trabajo.

En cuanto a su ámbito cautelar, la noción de orden público actúa como presupuesto de actuación y a su vez de restricción de la autonomía de la voluntad privada. Sin embargo, sea que la noción de orden público se reduzca a normas

Constitucionalismo Contemporáneo Colombiano, 256.

⁷¹ *Ibíd.*, 278.

positivas imperativas o pese a su carencia legislativa aparezca en asuntos que materialmente deban subordinarse al orden público, éste se constituye en un verdadero fundamento de restricción a la autonomía de la voluntad privada, gracias a que actúa como límite y a la vez medio de protección de los derechos fundamentales que deben ser observados por la actividad bancaria.

Nos parece importante recalcar, que conforme lo recogiera la sentencia constitucional antes citada, la noción de orden público también actúa como límite del poder intervencionista del estado, principalmente del jurisdiccional, pues a pretexto de la función negativa del orden público, por sí sola no debe llevar a la extinción total de contratos y obligaciones, pues en estos casos la propia autonomía de la voluntad contractual y los principios contractuales de rango constitucional actúan como límite del ejercicio de dichas potestades; por el contrario, cuando por intermedio de una acción de tutela constitucional se pretenda evocar la noción de orden público para desatenderse de las obligaciones propias de un contrato bancario, el Juez deberá ser muy cauto al analizar la actuación de las partes contratantes, y sólo si en estas se mira una afectación a derechos fundamentales o de raigambre constitucional su actuación alcanzará legitimidad.

Debe puntualizarse que si bien el concepto de orden público, actúa como fundamento o medio para satisfacer el interés público y por ello limitar las actuaciones de los particulares, “ello no es óbice para que ese mismo concepto de orden público pueda, como nosotros sostenemos, configurarse para proteger necesariamente, no sólo el interés público, sino también ser utilizado por parte de los particulares para defenderse de determinadas actuaciones del poder público limitadoras de su libertad contractual, pese a que éstas pretenden ser legitimadas amparándose precisamente en el interés público⁷²”. En definitiva, el orden público debe ser interpretado por los poderes públicos como el fundamento para la satisfacción de interés público, pero sin afectar en forma desproporcionada aquellas libertades privadas que igualmente contribuyen con esta finalidad.

Además, debe reconocerse que la autonomía de la voluntad privada, en las actividades bancarias, en virtud de su especialidad, tiene un matiz diferente a las

⁷² Acedo Penco, *El Orden Público Actual Como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>, 332.

llamadas actividades ordinarias. Por lo que siendo el orden público su principal limitación impone a las entidades prestadoras de este tipo de servicios, la objetividad en la negación a los servicios financieros o de terminación unilateral de los mismos, pues no solo estaría atentando al orden público, sino también a la consecución del interés público, éste último, carácter propio de los servicios privados de interés público al que abordamos en la primera parte de este trabajo y conforme allí lo afirmamos, es la verdadera naturaleza de la actividad bancaria en el Ecuador.

2.2.3. Función de la industria bancaria en el Ecuador como parámetro de contenido de orden público

La búsqueda del contenido u objeto del orden público nos coloca en la necesidad de conocer el papel de la banca en el Ecuador. Así la industria bancaria ejercida a través de los sectores financieros públicos y privados, e inclusive por el sector popular y solidario que hacen del ahorro y del crédito su giro específico de negocio es una actividad que incuestionablemente influye en la economía. “El espectacular impacto económico y social de la intermediación financiera proviene precisamente del valor que en ese ámbito se concede al dinero. No cabe duda que la actividad financiera transforma la sociedad⁷³”, por lo que interesa conocer desde el campo normativo, ¿cuál es la función de la industria bancaria y si a partir de esta es posible otórgale una categoría diferente a su naturaleza privada?

En términos generales, podemos identificar que la finalidad de la actividad bancaria, como parte de la política financiera, se enmarca en el contenido del artículo 302 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala:

Art. 302.- Las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera tendrán como objetivos:

1. Suministrar los medios de pago necesarios para que el sistema económico opere con eficiencia.
2. Establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera.
3. Orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país.

⁷³ Sasia Pedro M, y De la Cruz, Cristina, *Banca Ética y Ciudadana*”, 43.

4. Promover niveles y relaciones entre las tasas de interés pasivas y activas que estimulen el ahorro nacional y el financiamiento de las actividades productivas, con el propósito de mantener la estabilidad de precios y los equilibrios monetarios en la balanza de pagos, de acuerdo al objetivo de estabilidad económica definido en la Constitución.

De lo anterior surge que, en principio, la actividad bancaria como operación de colocación de dinero, cumple la función de canalizar el ahorro hacia la inversión pública y privada, que vista la concepción constitucional constituye el factor más importante para la consecución del interés público. Fines establecidos precisamente en el Régimen de Desarrollo que plasma nuestra Constitución, de tal forma que la banca se ha convertido en el instrumento más relevante para la generación de la riqueza, pues todo agente económico –público y privado- encuentra en esta industria el capital de trabajo y una variedad de mecanismos de financiación que requiere la ejecución de su actividad productiva, lo que continuamente ha permitido a la doctrina definir a la actividad de la intermediación, como medio de inversión. Así, Hemilio Herrejón, la define como:

Una actividad de intermediación mercantil, que consiste en recibir, a título de dueño, recursos pecuniarios directamente del público y encauzarlos a inversiones lucrativas, asumiendo la obligación de restituirlos en la misma especie, con los accesorios pactados.⁷⁴

De forma usual se considera que, entre las funciones de la industria bancaria, se encuentra la de creación secundaria de la moneda por cuanto un operador bancario, “a través de los depósitos bancarios realizables por medio de cheques y por la mecánica de los préstamos abonados en cuenta, los particulares y la comunidad en general se hacen a medios de pago adicionales, distintos de aquellos creados directamente por el Estado por la vía de la emisión”⁷⁵. No obstante, en un país cuya soberanía monetaria ha sido rezagada por crisis políticas financieras, esta función inicialmente secundaria, pasa a tener una prioridad, que podríamos decir primaria e indispensable.

⁷⁴ Herrejón Silva, Hermilo *El servicio de la Banca y Crédito*, (México, Edit. Porrúa, 1998), 21.

⁷⁵ Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*, 129.

Interesa así mismo destacar que la actividad bancaria debe ejecutarse de forma continua y sin interrupciones, lo cual fortalece el desarrollo de la economía, permitiendo contar con un flujo permanente y constante de recursos monetarios a disposición del público en general para que éstos puedan satisfacer sus diferentes necesidades. Esta continuidad, característica propia del servicio público, se encuentra respaldada por el Estado en función de su papel de garante del Régimen de Desarrollo. Así a partir de esta función, se busca que la actividad bancaria “se cumpla sin bruscas e innecesarias interrupciones, sin suspensiones infundadas, y desde luego, que ella sea ejecutada dentro de un orden y permanencia tal, que brinde al público seguridad y confianza en cuanto a que no habrán intempestivas parálisis.”⁷⁶

Se identifica de entre las funciones de la actividad bancaria, la denominada “transformación de activos y de plazos” por medio de la cual “los intermediarios financieros sirven de nexo entre los productos financieros que emiten las empresas y los que desean los pequeños inversionistas. Dicho de otro modo, reciben depósitos pequeños y los pueden invertir en grandes préstamos⁷⁷”, es decir a través de procedimientos de titularización de activos, permitiendo que el incremento de la actividad crediticia facilite que el banco cuente con mayores recursos monetarios para fomentar el crédito.

En este mismo sentido, se distingue otras funciones del sistema financiero. Luis Fernando López, señala que:

Siendo muy importantes las funciones anteriormente señaladas, entre otras que puedan adjudicarse al sistema financiero, algunas de ellas suelen tener más preponderancia. Se alude a las que se relacionan con lo que acá se denomina “estímulo de ahorro”, “función crediticia” y “creación de un sistema de pagos”. Como se ha podido ver, la primera de ellas se instrumenta fundamentalmente mediante la recepción de depósitos de dinero, a la vista o a término o condición; la segunda, con el otorgamiento de crédito en sus diferentes modalidades, y la última con el suministro de canales especiales para irrigar los pagos en la

⁷⁶ Morales Casas, *Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios*, 404.

⁷⁷ López, *El Principio de Igualdad en las Actividades Financieras*, 44.

economía y para prevenir el contagio de riesgos financieros mediante el uso de estos canales.⁷⁸

Podríamos agregar que en virtud de la Constitución de la República del Ecuador, una de las funciones más relevantes es la llamada democratización del crédito, sustentado en el principio de igualdad y solidaridad, como posibilidad de que los recursos monetarios se destinen a fines de los sectores populares, sociales y estratégicos en igualdad de condiciones, siendo deber de las entidades del sistema financiero mantener los niveles suficientes de activos líquidos, conforme a los parámetros que se fijan por la Junta de Política y Regulación Monetaria Financiera en cumplimiento de lo previsto en el artículo 189 del COMF.

Esta democratización inclusive se plasma en aquella garantía crediticia creada como un sistema de afianzamiento de obligaciones a favor de las personas que no están en capacidad de concretar proyectos con el sistema financiero, conforme lo expone el artículo 149 del mismo COMF.

Esta diversificación crediticia mira como objetivo, el dinamizar la economía, por lo que sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que se trata de una manifestación de la llamada democracia económica, la cual en palabras del Dr. Rodrigo Borja, consiste en “la participación del conglomerado social en el disfrute de los bienes y servicios socioeconómicos que se producen en la comunidad como fruto del trabajo de todos. Solamente cuando tal participación sea efectiva, es decir, en la medida en que se establezcan posibilidades reales de acceso a la riqueza y al ingreso para todos los miembros de la comunidad.”⁷⁹

Pero esta democratización crediticia, si bien podría ser uno de los argumentos para considerar a la actividad bancaria inclusive como servicio público, no es absoluta; toda vez que no implica que los bancos puedan prestar dinero de forma indiscriminada. La seguridad y la confianza que debe proteger la industria bancaria, depende y supone su autonomía para analizar objetivamente los riesgos de los potenciales beneficiarios de esta democratización, más aún si se considera que cada institución bancaria es la que enfrenta el riesgo de no pago del crédito, cuya pérdida

⁷⁸ Ibíd, 46.

⁷⁹ Dr. Rodrigo Borja,

<http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=d&idind=400&termino=>, Enciclopedia de la Política, revisado 23 de diciembre de 2015.

debería ser asumida con su propio patrimonio evitando que las pérdidas de la democratización sean muy altas y capaces de poner el riesgo su obligación primaria de restitución de los depósitos.

Por otro lado, téngase en cuenta que la democratización es uno de los fines del Estado, de tal forma que los temores de pérdida tampoco podrá ser el argumento preponderante para negarlo. Es responsabilidad de los bancos, claro está siguiendo las buenas prácticas de la industria bancaria, tomar los resguardos y políticas internas suficientes para la satisfacción de este objetivo económico – social, lo que de suyo implica que se sigue reconociendo a los bancos su libertad de contratación, que de paso vale decir, libertad que difiere del elemento obligatorio que se reviste para el caso de los servicios públicos.

Desde el punto de vista regulatorio, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en búsqueda de respaldar esta democratización, emitió la Resolución Nro. 043-201-S-F, a través de la cual fijó las normas que regulan la segmentación de la cartera de crédito de las entidades financieras, incluyendo de entre otras el Crédito Educativo y aquel de Vivienda de Interés Público⁸⁰, cuyo artículo 2 además estableció que para superar los parámetros de calificación del potencial cliente basados por carencia de información crediticia histórica, se realizará con base a la proyección del nivel de ventas o ingresos totales anuales.

En todo caso, para el cumplimiento de estas funciones, la industria bancaria podrá realizar las diferentes operaciones bancarias, tanto activas, pasivas, contingentes y de servicios y que igualmente se encuentran descritas en el artículo 194 del cuerpo legal antes invocado. Destaca de entre éstas, la posibilidad de otorgar préstamos hipotecarios y prendarios, créditos en cuenta corriente, constitución de depósitos, negociación de títulos valores, recibir depósitos a la vista y a plazo, titularización de activos, emisión de obligaciones garantizadas con sus propios activos y patrimonios, avales u obligaciones por cuenta de terceros, negociación de derivados financieros, servicios de caja y tesorería, entre otras.

⁸⁰ La referida resolución, determina que el Crédito de Vivienda de Interés Público, “es el otorgado con garantía hipotecaria a personas naturales para la adquisición o construcción de vivienda única y de primer uso, concedido con la finalidad de transferir la cartera generada a un fideicomiso de titularización con participación del Banco Central del Ecuador o el sistema financiero público, cuyo valor comercial sea menor o igual a USD 70,000.00 y cuyo valor por metro cuadrado sea menor o igual a USD 890.00”

Se evidencia entonces que la actividad bancaria mantiene una relación muy estrecha con el crecimiento económico tanto de la sociedad y del sector empresarial, por lo que es posible afirmar que la presencia de los bancos y demás establecimientos de crédito resulta absolutamente fundamental para la consecución de fines socioeconómicos del Estado, pero apoyado en la importante participación de la industria bancaria.

2.2.3.1. El sistema de pagos y el manejo del ahorro y del crédito

Debemos ubicar la importancia del denominado sistema de pagos, conformado en el Ecuador por el Sistema Nacional de Pagos, integrado por el sistema central de pagos y los sistemas auxiliares de pagos⁸¹; por medio de los cuales se realizan las transferencias de recursos, su compensación y liquidación, dentro del cual se plasma una participación entre las entidades financieras y los diferentes entes regulatorios y controladores.

De conformidad a lo previsto en el artículo 106 del COMF, todas las transacciones de pago que se hayan procesado por medio de estos sistemas gozan de la calidad de irrevocabilidad y no podrán ser objeto de suspensiones inclusive por ningún tipo de medida judicial ya sea cautelar o de ejecución como el caso de embargos.

El adecuado funcionamiento de los sistemas de pagos, que además deberá ejecutarse de forma oportuna y eficiente, es decir, resguardando la debida ejecución y finalización de las transacciones bancarias de forma permanente. No contar con un sistema de pagos eficiente, conllevaría a restringir o limitar la posibilidad de transferir y recibir pagos, que se requieren para el desarrollo de actividades productivas y con éstas de la economía y por tanto contravenir al orden público. Así parafraseando a Luis Fernando López, un sistema de pagos, constituye un derecho y no una obligación, por cuanto no contar con dichos instrumentos, sería impedir al agente económico que pueda satisfacer sus diferentes necesidades.⁸²

⁸¹ Los artículos 103 y 104 del Código Orgánico Monetario y Financiero, describen a estos sistemas, como el conjunto de políticas, normas instrumentos, procedimientos y servicios que en coordinación del Banco Central del Ecuador, sirven de medio para la realización de las transacciones bancarias y liquidación de valores de los diferentes participantes.

⁸² López, *El Principio de Igualdad en las Actividades Financieras*, 217.

Entonces es posible caracterizar al sistema de pagos, como un derecho para disponer de los recursos económicos, de forma continua, general, oportuna y eficiente. Aspectos asimilables a los elementos del servicio público, por lo que a decir de la doctrina, esta es una de las pocas prestaciones del sistema bancario que ha contribuido para otorgarle el perfil de servicio público. En todo caso, este instrumento de transacción dada su importancia, amerita una regulación y control especial por parte del Estado, de tal forma que su inadecuado manejo genera responsabilidades civiles y penales, así como una serie de medidas correctivas, en nuestro caso por parte del Banco Central del Ecuador.

Ahora bien, en cuanto al Manejo del Ahorro, debemos remarcar que la más importante actividad o función que desarrollan los bancos, es la intermediación financiera, o captación de recursos económicos y transferirlos a título de préstamo a los sectores productivos de la sociedad. Se debe puntualizar que “el depósito de ahorro se caracteriza por la finalidad de capitalización que lo domina. El propósito del depositante es formar un capital por acumulaciones reiteradas y conservar la suma lograda, con objeto de disponer el mismo para una eventualidad⁸³”

La captación de los recursos monetarios del público y su correcta administración constituye una actividad eminentemente profesional, por medio de la cual los bancos procuran obtener beneficios económicos lo más altos posibles, que además de garantizar al ahorrador la devolución de sus recursos cuando lo exija, buscan gracias a su gestión contar con mayores rentabilidades para continuar cumpliendo su finalidad de intermediación hacia otros sectores. El éxito de su gestión depende por tanto de la confianza que puedan generar hacia sus diferentes usuarios, la cual se alcanza garantizando de forma objetiva la devolución del ahorro y la sostenibilidad económica de la institución bancaria. Para reforzar esta confianza, la propia Constitución de la República del Ecuador como el COMF, en respuesta a la crisis del año de 1999, incluyó la prohibición el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas o privadas.

⁸³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Tomo II, México, Porrúa, 1971, citado por Hemilio Herrejón, *El Servicio y la Banca de Crédito*, (México, Editorial Porrúa, 1998), 58.

La obligatoriedad de restitución, así como la posibilidad de acceder al sistema bancario por parte de los ahorradores en condiciones de igualdad, ha sido otro de los caracteres que se ha utilizado para calificar a la actividad bancaria como servicio público; en nuestro personal criterio, creemos que en lugar de otorgar una naturaleza diferente a la de servicio privado en base esta obligatoriedad, es más propio afirmar que no permitir tales accesos implica transgredir al orden público.

En todo caso, por tratarse de recursos del público en general, respecto de los cuales el banco se encuentra obligado a darles un adecuado manejo, son los justificativos para que esta actividad merezca una significativa regulación. Es importante en este punto, diferenciar que la obligatoriedad de restitución no puede ser confundida con la obligatoriedad de prestación, la cual es propia de los servicios públicos.

Rodríguez Azuero, recalca que la función natural de la banca es administrar dinero, pero esta administración depende de sistemas eficientes como las transferencias electrónicas de pagos, que en palabras del autor son el producto de un crecimiento sostenible de la población. Es decir, administración eficiente y sistemas de pagos de la misma calidad conducen a una banca eficaz y probablemente contribuirán al logro de los objetivos del bien común o interés general.

Más allá de la captación de recursos del público y su restitución, los bancos logran sus objetivos a través de la colocación de créditos, función que a nuestro sentir podría ser la más relevante para la consecución de los objetivos del denominado interés público o bien común. Sobre esta finalidad, Joaquín Garrigues, señala que:

Los bancos son negociantes del crédito que median entre los que necesitan dinero para sus negocios y lo que están dispuestos a desprenderse de su dinero para colocarlo ventajosamente. Son, por lo tanto, mediadores en el mercado de capitales, que dan a crédito el dinero que ellos recibieron también a crédito.⁸⁴

La función de otorgamiento del crédito por vía de intermediación financiera, además de ser el mecanismo inmediato para la llamada democratización del crédito, “hace parte del entramado que justifica la calificación como interés público de una

⁸⁴ *Ibíd.*, 25.

actividad como la financiera⁸⁵” por lo que podría afirmarse que la colocación del crédito constituye una obligación de servicio público que soporta esta actividad privada vigilada y que le interesa al Estado, pues el crédito es un satisfactor de la vida económica que debe ser vigilado y supervisado por el Estado para que cumpla con su papel de motor de la economía y con ello financiar las diferentes actividades productivas.

En base a todo lo anterior, digamos de nuestra parte que todas estas obligaciones a las que la doctrina ha denominado de cargas de servicio público, constituyen el objeto del orden público en las relaciones bancarias y como tal legitiman el deber de protección, a partir de lo cual el vocablo en análisis (*orden público*) es la cláusula de interpretación más eficaz a la hora garantizar tales prestaciones.

2.2.4. Derechos fundamentales que debe observar la actividad bancaria

2.2.4.1. Libertad de empresa y de contratación

La Constitución ecuatoriana, prevé en los números 15 y 16 del artículo 66, como Derecho de Libertad, el poder desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva y a su vez la libertad de contratación. Nos referimos sin duda a un derecho constitucional, revestido de un carácter objetivo y subjetivo, pues “su condición de derecho constitucional, que hace parte de un sistema normativo de valores, principios y reglas, que sirve al mismo tiempo al titular, para la satisfacción de sus intereses individuales, y a la realización de propósitos que se integran al ensemble que conforma el proyecto constitucional⁸⁶” es decir la protección de “las prerrogativas de mayor autonomía para ingresar al mercado y mayor igualdad de oportunidades para competir en él, se entienda aparejada intensa y recíprocamente, al deber de contribuir a través suyo, en el bienestar colectivo, a los intereses generales y de los otros.”⁸⁷

Decíamos que uno de los aspectos que impiden catalogar a la actividad bancaria como servicio público, radicaba en la libertad que tiene la entidad financiera

⁸⁵ López. *El Principio de Igualdad en las Actividades Financieras*, 254.

⁸⁶ Correa Henao, Magdalena, *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009), 269.

⁸⁷ *Ibíd.*, 270.

para contratar; aunque este derecho, no sea totalmente absoluto o pierda eficacia cuando se deba ponderarlo con el de igualdad material, debemos reconocer que la doble dimensión de la libertad de empresa y de contratación, justifica la necesidad de intervención y regulación por parte del Estado y por otro lado la colaboración de los particulares para contribuir la satisfacción del interés general.

Cierto es que el interés general prima sobre el particular, pero en nuestro criterio, la libertad de empresa y de contratación es el principio que permite armonizar la interacción entre Estado - banco y de este con la sociedad. No solo se trata de intervenir y controlar, sino también de garantizar y poner a disposición de los particulares las condiciones necesarias para que sus finalidades productivas puedan desarrollarse, y el acatamiento de los particulares para cumplir una verdadera función social y económica de empresa.

Esta libertad de empresa y de contratación, se reduce en el campo de la actividad financiera, en la libertad de escogencia del cliente, claro está a través de razonamientos objetivos, razonables, suficientes e informados. Así, cuando un cliente no se encuentre dentro de los parámetros que como requisitos ha fijado la entidad financiera y la buena práctica comercial, el banco goza del derecho de no contratar con dicho solicitante, por ejemplo cuando no cuenta con los ingresos o el patrimonio que requiera la entidad para la seguridad de la operación bancaria que ese potencial cliente haya solicitado.

En este punto es importante puntualizar que para aquellas obligaciones de servicio público que soporta la actividad privada bancaria, “las razones para abstenerse a celebrar el respectivo contrato no solo deben ser objetivas, razonables y suficientes, esto es, proporcionales, sino informadas al cliente potencial; y tienen, además, que aparejar, como consecuencia de su celebración, un grave perjuicio para la institución, o para el sistema considerado en su conjunto⁸⁸”, lo que de suyo implica que la carga probatoria para negar la contratación en este tipo de obligaciones o cargas de servicio público, le corresponde a la entidad bancaria.

Resulta interesante relieves que la extensión del orden público, también lo es en favor de la industria bancaria, de tal forma que cuando se pretenda obligarle a

⁸⁸ López, *El Principio de Igualdad en las Actividades Financieras*, 253.

otorgar sin la más mínima base técnica o de forma indiscriminada la prestación de un determinado servicio también implica afectar al orden público cuya presencia hace de éste, un concepto que evita los riesgos sistémicos que son propios de la industria bancaria.

2.2.4.2. El principio de igualdad

La dimensión material de igualdad busca eliminar todos los obstáculos de orden social y económico, de tal manera que el Estado constitucional de derechos y justicia que consagra nuestra Constitución, busca desde su significado dogmático la posibilidad de concurrir a la esfera económica en igualdad de condiciones y oportunidades.

En todo caso, el criterio para la igualdad en el ámbito de la intermediación financiera se sustenta, en que el mercado financiero es:

Su actividad consiste principalmente en un trasvase de fondos excedentarios (ahorro) hacia unidades económicas deficitarias (inversión). Pues bien, en este caso nos importa resaltar que las exigencias de igualdad en este ámbito se concretan precisamente en ese movimiento: en los criterios, las condiciones y prioridades que se establecen para seleccionar los destinatarios de sus préstamos o de sus inversiones. <<Dime a quien prestas y donde inviertes y te diré cuáles son tus criterios de igualdad>> es la frase que de manera torpe pero explicativa resume lo que queremos decir. Por eso es importante saber qué es lo que se está favoreciendo desde esa posibilidad que supone para algunas personas (no todas) el acceso al crédito. La cada vez mayor facilidad de las condiciones al préstamo para bienes de consumo (un coche, unas vacaciones, una operación de cirugía) pone en evidencia la fertilidad en nuestros mercados financieros de este nicho construido con el objetivo de satisfacer mayores cotas de bienestar personal.⁸⁹

Como se ve, la igualdad, desde la mirada constitucional, es un derecho fundamental que por su relevancia y su carácter de transversalidad con respecto a los demás derechos y libertades del hombre y por su efectividad definida como derecho a la no discriminación, no depende de la existencia de otros principios, es decir que por sí misma puede ser objeto de protección mediante acciones de tutela. Será por tanto este derecho el de mayor presencia y respeto por parte de las entidades

⁸⁹ Sasía, Pedro M., y De la Cruz, Cristina, *Banca Ética y Ciudadana*, 73.

bancarias al momento de emitir sus políticas internas que guíen la intermediación financiera, así como para la toma de decisiones respecto de quienes pueden ser o no sus clientes.

2.2.4.3. El principio de solidaridad

Retomemos la idea de Banca Ética y Ciudadana que esbozamos en la parte inicial de este trabajo. Tal propuesta “se sustenta en un común anhelo de justicia y en una misma voluntad de convertirse en alternativas financieras justas y solidarias que pongan freno, hasta donde sea posible, a la bochornosa desigualdad que genera la actividad financiera tradicional”⁹⁰, por lo que seguir manteniendo el criterio de que sea la entidad bancaria la que decida el acceso a la intermediación financiera únicamente en base a sus intereses comerciales y económicos, es sin duda omitir los postulados de igualdad que forman parte del Régimen Económico y Solidario que recoge nuestra Constitución; por lo que en un ambiente económico en el cual las nociones de orden público viene primando por sobre cualquier aspecto formal, la solidaridad es también un principio estrechamente relacionado con la actividad bancaria y que de suyo empieza a impregnar una nueva responsabilidad tanto del Estado, como de las entidades bancarias.

La corte constitucional colombiana en su sentencia T-312/10, ante la imposibilidad de poder cumplir una obligación crediticia por parte de una persona desplazada por el conflicto bélico interno, determinó, que

En este orden de ideas, es menester reiterar que la solidaridad no es un deber exigido únicamente a los organismos e instituciones estatales, sino que está estrechamente correlacionado con los particulares en general, pero más aún se exige dicho presupuesto constitucional de quienes prestan un servicio público autorizado legalmente, como es el caso de la actividad financiera. Pero entonces, en este punto se hace necesario estimar en qué medida una entidad bancaria es garante de los derechos de un ciudadano que ha sido desplazado y frente al cual se pueden exigir obligaciones de carácter crediticio, que le permiten legítimamente ejercer la acción ejecutiva, pero que del otro lado, en la condición de deudor se encuentra una persona puesta contra su voluntad en un estado de indefensión y debilidad manifiesta.

⁹⁰ *Ibíd*, 47.

La Corte dejó en claro que el principio de solidaridad para aquellas personas que se encuentren en un estado de indefensión o debilidad manifiesta no significa prima facie una condonación de la obligación. Al conceder esta tutela, se impartió a las entidades financieras las órdenes de suspensión, por término determinado, de los procesos ejecutivos iniciados por los Bancos; se ordenó novar los contratos inicialmente suscritos; y, el deber de las partes para llegar a un nuevo acuerdo en relación con las cuotas del préstamo, y una nueva liquidación de intereses; ejemplo típico de lo que se ha denominado como imposición de intercambios forzosos de intereses. A decir de la Corte, exigir el pago de obligaciones crediticias durante un tiempo de inestabilidad que provoca el desplazamiento e inclusive el secuestro, implica “una amenaza de su capacidad para retomar su propio plan de vida, afectando con ello el derecho al libre desarrollo de su personalidad”.

En nuestra Constitución el número 15 del artículo 66 dispone que se reconoce “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”, inclusive dentro de la concepción que nuestro texto constitucional recoge dentro del régimen de las políticas públicas y servicios públicos señala que éstas se formularán a partir de este principio, para finalmente establecer en su artículo 283 que el sistema económico es social y solidario; por lo que siendo la actividad bancaria parte de dicho sistema no puede sustraerse de esta responsabilidad.

Podríamos afirmar que este deber de solidaridad, ha empezado a ser atendida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, a través de la resolución número 008-2014-F que dispuso que todos los pagos que se hayan realizado deudores con grado de discapacidad del 85% al 100% o por adolecer de una enfermedad catastrófica, cuyo saldo de capital no supere los cien salarios básicos unificados se imputarán al capital del crédito; pero esta resolución debía aplicarse por las entidades del sector financiero público.

En consecuencia, este nuevo deber deontológico que empieza a gobernar las actividades bancarias implica una manifestación del orden público, abocándose inclusive en las nociones posmodernas del contrato. Esta solidaridad contractual ha sido el resultado de la búsqueda “incesante de una adecuada convivencia en sociedad, las partes que inician una relación contractual no pueden limitarse a

ejercitar el libre juego de sus puros intereses, sino respetar las exigencias del bien común al concretizar la función social del contrato, evitando el abuso y predominio de una de las partes.”⁹¹, esto es, lo que precisamente busca el denominado orden público.

Si bien, esta noción aparece como límite para evitar abusos de actores social y económicamente dominantes, no es menos cierto que la solidaridad contractual forma parte de la esencia del contrato que delimita su contenido cooperativo exigiendo una participación dinámica de las partes para la consecución de sus fines; “recordemos que ante todo que de la obligación deriva un vínculo jurídico entre sujeto (deudor) que debe realizar una conducta a favor de otro sujeto (acreedor), por lo que se da por descontado la necesidad cooperativa.”⁹²

Esta noción posmodernista del contrato constituye el punto de partida para los aludidos intercambios forzosos de intereses que impregna la eficacia constitucional, que por vía de revisión del contrato, podrían inclusive imponer la obligación de renegociación cuando el contrato tenga que afrontar un desequilibrio consecutivo por una modificación de las circunstancias económicas, claro está, siempre que en este deber de cooperación la parte afectada muestre su deber de lealtad o buena fe objetiva que rige en todo régimen contractual.

2.2.5. Nuestro concepto de Orden Público

Una vez que hemos atendido todos los aspectos que forman parte del contenido u objeto del orden público, nos atrevemos a formular nuestra propia concepción. Así diremos que el orden público es, el concepto de principios, valores y buenas prácticas mercantiles relacionadas con los intercambios bancarios y que actúa como garante de una contratación bancaria justa, equitativa y solidaria, cuya finalidad es la de restringir y a su vez garantizar a las libertades individuales, en un marco de respeto de los caracteres propios de la industria bancaria y el acceso responsable a favor de los clientes y usuarios bancarios. Solidaridad Contractual Noción Posmoderna del Contrato, México, Editorial Ubijus, 2013.

⁹¹ Benítez Caorsi, *Solidaridad Contractual, Noción Posmoderna del Contrato* (México, Ubijus, 2013), 85.

⁹² *Ibíd*, 101.

De esta forma, a partir de lo antes señalado es posible empezar a delimitar una nueva noción de este concepto, al cual lo llamaremos “*Orden Público Bancario*” que aunque variable y flexible por su carácter de indeterminado, encuentra al momento, en la citada teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales su base dogmática.

2.3. La tutela constitucional del orden público en la contratación bancaria

La Constitución como creación política del poder constituyente, recoge como uno de sus más relevantes características, el denominado “principio de supremacía jurídica de la Constitución” y como tal vincula a todos los órganos del Estado y a los entes naturales o jurídicos particulares. La situada cúspide en el ordenamiento jurídico, determina su grado de superioridad frente al mismo, por lo que toda actuación privada deberá superar su concepción formal, para ubicarse en un plano de realización material.

Cesar Landa enfatiza el valor material desde una perspectiva sociológica de las Constituciones de la región, dentro de cuya corriente se enmarca la Constitución de la República del Ecuador, debido a que ésta se legitima en la realidad social, y como Carta Fundamental "es realidad vigente y no manifestación del pasado o del deber ser futuro, sino de las estructuras sociales y económicas presentes. La Constitución es material y no formal, en consecuencia, está integrada por los reales factores u operadores del poder político y privado⁹³".

Esta nueva teoría constitucional, que se impulsa desde el neoconstitucionalismo, en palabras de Juan Montaña Pinto, se manifiesta de la siguiente forma:

- a) la omnipresencia de la constitución en todas las esferas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes; b) más principios que reglas; c) coexistencia de valores tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica; d) más ponderación que subsunción y e) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador.⁹⁴

⁹³ Landa, César "*La Fuerza Normativa Constitucional de los Derechos Fundamentales*", <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3514/4.pdf>, 21.

⁹⁴ Montaña, Juan, *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho*, 45.

Un rasgo adicional que podemos incluir, es la revalorización de la justicia contractual, que se manifiesta a través de los llamados intercambios forzados de intereses, a los que nos referiremos más adelante y que encuentra su fundamento en las nociones posmodernas del contrato, en el cual la solidaridad contractual fija una nueva función cooperativa que a la postre actúa sobre el principio de la autonomía privada, el cual no puede tener “una pretensión de exclusividad, sino que en todo caso debe coexistir los principios individuales con los principios sociales de los contratos. La solidaridad formaliza un punto de equilibrio entre la autonomía privada y la justicia...”⁹⁵

El actual paradigma constitucional, refleja la voluntad del Constituyente al incorporar garantías primarias, mandatos y aptitudes a los poderes públicos para la puesta en marcha de las políticas que deben generar las condiciones jurídicas y materiales de realización del interés general. Es entonces este concepto de materialidad, como rasgo de omnipresencia, el que incide sobre el Derecho Privado y consigo sobre los principios de la autonomía de la voluntad, libertad negocial, de empresa, etc., deberán regir en mérito de la Constitución. De allí que podemos afirmar que el orden público se constituye en el fundamento inmediato para controlar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, entre éstas, las que dimanen de la contratación bancaria.

2.3.1. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como nuevo principio de la actividad bancaria

Esta eficacia, tuvo su origen en la legislación alemana, denominada por el Tribunal Constitucional Federal como el “*Drittwirkung*” cuyo emblemático caso Luth, estableció que los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores establecidos en el orden de la Constitución, que irradia todo el ordenamiento jurídico, esto es que alcanza a las distintas actividades del derecho, así a lo civil, administrativo, comercial, legislativo y hasta jurisprudencial.

Quizá uno de los mayores exponentes de la llamada eficacia horizontal, es Robert Alexy, quien la plasma a través del “modelo de tres niveles”. El primero que acentúa el deber del Estado para aplicar e interpretar las normas teniendo en cuenta

⁹⁵ Benítez Caorsi, *Solidaridad Contractual*, 61.

el orden valorativo de los derechos fundamentales; el segundo, como derechos frente al estado, cuando el deber de protección no ha sido aplicado por los poderes públicos frente a una relación de derecho privado; y, el tercero, sobre la relación jurídica entre sujetos de derecho privado, que involucra el respeto entre particulares, que como hemos ya señalado, encuentra en la noción de orden público el límite y garante de los principios y libertades individuales⁹⁶.

Esta importante teoría, llevó consigo la búsqueda de un postulado, que a la postre se denominó como deber de protección, el cual en palabras de Alexei Julio Estrada “sería resultado de la vinculación de los jueces a este tipo de derechos como actores jurisdiccionales que pasaron a ocupar una posición central en la solución de los casos concretos⁹⁷”. Así, el deber de protección como rasgo evolutivo de la teoría del *Drittwirkung*, fue el punto de partida para la solución de la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, lo dicho, como una solución indirecta o mediata, cuyo medio idóneo para su realización, es la incorporación de conceptos jurídicos valorativos reconocidos por el Derecho privado, tales como las buenas costumbres y el orden público.

A este respecto, el propio Alexei Julio Estrada, establece que:

Al juzgador del caso específico corresponden entonces una doble labor hermenéutica: inicialmente debe extraer del derecho fundamental correspondiente el principio que éste contiene, para luego introducirlo en el contenido de la cláusula general, que finalmente será aplicada para la solución del conflicto jurídico – privado. Solo a través de este amplio rodeo se hace posible, según la teoría de la *mittelbare Drittwirkung*, la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas.⁹⁸

Si hemos expuesto que el orden público es un concepto valorativo, es sin duda un tópico de cláusula general o concepto valorativo en el que precisamente se funda la precitada eficacia horizontal y en la cual la figura del deber de protección, otorga si se quiere, una solución directa de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

⁹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, primera reimpresión de la 2da edición, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 476.

⁹⁷ Estrada; *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, 147

⁹⁸ *Ibíd.*, 116.

En el caso ecuatoriano, si bien el artículo 11 número 3 de la Constitución establece que los derechos y garantías serán de directa e inmediata aplicación, el hecho de que para su protección requieran de una labor interpretativa a través de una garantía jurisdiccional que de paso se ventila en diferentes instancias, parece ser que más bien se trata de aquella eficacia mediata, que conforme a los postulados del *Drittwirkung* es de competencia de los jueces encargados de resolverlas.

En todo caso, surge así una nueva función de protección a cargo de los tribunales de justicia, que se llevará a cabo mediante la interpretación de las normas de derecho privado conforme a la Constitución, en donde la noción de orden público pasaría a ocupar una posición central en esta tarea interpretativa, otorgando las directrices e impulsos a partir de los cuales el órgano jurisdiccional pueda actuar en procura de impedir una vulneración de una entidad bancaria de los derechos fundamentales, claro está, cuando exista la necesidad de restaurar el equilibrio de este tipo de prestaciones y no absolutista.

Queda claro que la incidencia de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales revaloriza la noción de orden público; pero a través de qué mecanismos dicho concepto puede ser aplicable en la actividad bancaria?. Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que éste puede reestablecerse a través de la imposición de los denominados intercambios forzosos, que a su vez actúan en base a los aspectos dogmáticos de la revisión y solidaridad como visiones posmodernas de los contratos.

2.3.1.1. Los intercambios forzosos de intereses como herramienta judicial del orden público para la solución de conflictos bancarios particulares

Nuevamente la presencia de la denominada eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, sobre relaciones particulares, entre éstas las bancarias, alcanza su vigencia, a través del tratamiento sobre ciertos matices, que la jurisprudencia constitucional colombiana ha denominado como “imposición de intercambios forzosos de intereses”, los cuales permitirán adecuar la actuación jurisdiccional sobre casos concretos de contenido de derecho privado y a los cuales

los jueces podrían acudir a la hora de resolver controversias entre derechos fundamentales y entidades bancarias.

Así puede concebirse que la imposición de intercambios forzosos de intereses, son estrategias interpretativas en la solución de casos, a través de las cuales se impondrán decisiones radicalmente importantes y que inclusive provocarán una reformulación de las condiciones inicialmente pactadas por los contratantes, alcanzado inclusive a los contratos bancarios. Decisiones a las cuales el agente privado deberá acatar, denotándose una restricción a los principios de autonomía de la voluntad privada, que antes del impacto constitucional fijaban su línea de actuación. Juan Jacobo Calderón Villegas, recalca que:

En áreas usualmente controladas por el derecho privado, los efectos específicos de la actividad de la jurisprudencia constitucional, en particular de la jurisdicción de tutela, han consistido en la imposición de intercambios de bienes o intereses cuya circulación pretendía encontrarse precedida de las tácticas de traspaso opuestas a las restricciones.⁹⁹

El autor basa este criterio, en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, para lo cual recurre a la sentencia T-520 de 2003, que dispuso:

En virtud de lo anterior, el ejercicio del derecho del acreedor de exigir el cumplimiento anticipado de las obligaciones del contrato, como manifestación de la libertad contractual, requiere que no se estén vulnerando los derechos fundamentales. Exigir anticipadamente el cumplimiento de la totalidad de la deuda a un secuestrado que ha sido liberado implica someterlo a una carga aún más onerosa que el sólo cumplimiento de las obligaciones vencidas durante el secuestro y la recuperación. Hacer uso de esta facultad implicaría un detrimento significativo de las posibilidades de readaptación de la persona. Por lo tanto, el acreedor no puede aplicar una cláusula aclaratoria con fundamento en el incumplimiento del deudor que ha sido secuestrado, a menos que éste incumpla las obligaciones exigibles después del año siguiente a su liberación.¹⁰⁰

⁹⁹ Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La Constitucionalización del Derecho Privado*, (Bogotá, Universidad de los Andes, 2da edición, 2013), 73.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-520-03.htm>, revisado 15 de diciembre de 2015.

El caso versó sobre los procedimientos de cobro que varios bancos ejecutaron en contra de una persona que estuvo secuestrada, inclusive se acudió a medidas de apremio real a decir de la Corte agravando la situación del deudor. En todo caso, lo interesante de la decisión constitucional, es que impone a las entidades bancarias la obligación de no continuidad de los procesos judiciales, así como la reformulación de las condiciones contractuales, entre estas, la reformulación de intereses moratorio por el tiempo que duró el secuestro.

En este orden de ideas, podemos establecer que bajo la teoría de imposición de intercambios forzosos de intereses en las relaciones particulares se configura la posibilidad de que ante circunstancias excepciones y que puedan afectar principios de raigambre constitucional, el poder público pueda imponer condiciones como obligar a un banco a celebrar un contrato de depósito y otorgar determinado servicio, renegociación de créditos, deberes de no cobro y hasta otorgamiento de plazos o suspensión de procesos de cobro, e inclusive la posibilidad de acceso a ciertos servicios bancarios. Todo esto, como atribución del juez cuando ostente en sus manos la posibilidad de modular la relación bancaria y a su sentir se transgreda un derecho fundamental o simplemente procure hacer exigible el principio de solidaridad que la Constitución impone a los operadores bancarios.

Sin embargo, por más loable que pueda resultar un intercambio forzoso, si vemos con gran preocupación que la generalidad de la teoría sumado en ciertos casos al desconocimiento e imprecisión del derecho, genera una incertidumbre que puede convertirse en inseguridad. De allí que las reglas de interpretación y argumentación jurídica, la ponderación, la proporcionalidad, son los parámetros constitucionales y legales a los que el poder público deberá ceñirse.

Igualmente, se debe tener en cuenta que los compromisos de las partes contractuales en una relación bancaria, si bien pueden soportar los llamados intercambios forzosos de intereses, estos no necesariamente habrán de producir la extinción de obligaciones; su imposición no deberá afectar solo a uno de los contratantes, caso contrario no merecían denominarse intercambios.

El punto de la imposición de intercambios forzosos de intereses, reviste de importancia cuando el contrato bancario adolece de cláusulas abusivas que transgreden al orden público o en su ejecución han mediado condiciones de

imprevisibilidad, en cuyo evento la revisión del contrato es sin duda la vía de reparación más adecuada, igualmente por obedecer a la protección del orden público. En esta posibilidad “la voluntad de las partes no es sustituida por la del juez mediante un nuevo contrato, ya que este no tiene competencia genética ni creativa, no se rescribe, sino que en perspectiva diferente y más atenuada, se brinda una nueva lectura a sus estipulaciones con fundamento en las nuevas circunstancias que alteraron el sentido original¹⁰¹”

2.3.2. La Revisión y modificación del Contrato Bancario

Con anterioridad decíamos que la propia autonomía de la voluntad privada, consagra la fuerza obligatoria de los contratos; sin embargo, ¿será posible que cuando se presenta una alteración excepcional de las circunstancias negociales, que a su vez conlleve a una nueva concepción del orden público, permita extinguir o modificar un contrato?

A este respecto, José Luis Concepción Rodríguez, señala que:

Tradicionalmente, estos recursos son de tipo contractual, legal o judicial, según que hayan sido los mismos contratantes los que hayan previsto la posibilidad de modificar sus propias convenciones ante determinados eventos, el Estado el que dicte las medidas necesarias para solventar cualquier problema que se plantee, ya de naturaleza urgente, ya demandado por exigencias económicas o sociales de interés general, o los Tribunales de Justicia por medio de sus resoluciones, los que quiebren la fuerza obligatoria del negocio como consecuencia de la estimación de la acción ejercitada por el contratante que se crea perjudicado.¹⁰²

Generalmente un contrato puede soportar una mutación en sus prestaciones, principalmente por causas imprevistas que surgen con posterioridad a la celebración del contrato, en cuyo evento la imprevisión actúa como mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual, objetivo propio de la cláusula *rebus sic stantibus*, que en su acepción más general, procura la subsistencia de una relación contractual depende, según su sentido, de la persistencia de las circunstancias

¹⁰¹ Benítez Caorsi, *La Revisión del Contrato*, 65

¹⁰² Concepción Rodríguez, José Luis, *Derecho de Contratos*, (Barcelona, Editorial Bosch, 2003), 103.

existentes al concluir el contrato que era previsible para las partes contratantes. Y por otro lado, cuando el cumplimiento del contrato se ve afectado por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, nos referimos a la imposibilidad de cumplimiento, ante lo cual el contrato deja de subsistir para decaer en frustración por aspectos no imputables al deudor, quien podría apartarse de la obligación siempre que en el transcurso de esta imposibilidad haya actuado con base al postulado de la buena fe objetiva.

Así en cuanto se refiere al Contrato de Mutuo “parte de la doctrina ha opinado que la excesiva onerosidad sobrevenida correspondería solo al mutuuario que debe reembolsar la suma recibida en préstamo y los respectivos intereses¹⁰³”; ante lo cual sería posible una reestructuración convencional de las partes e inclusive una imposición de renegociación, parámetros que la doctrina constitucional utilizado para la imposición de intercambios forzosos de intereses.

La finalidad de estos intercambios como instrumento jurídico, permite que la ejecución o el cumplimiento de un contrato queden asegurados por la omnipresencia del orden público, porque producen los cambios suficientes para suprimir la dificultad, previniendo consigo el nacimiento de litigios, y otorgando las facilidades para que el sujeto (deudor) honre sus prestaciones aunque atenuada a los ajustes del contrato, pero cumplimiento al fin.¹⁰⁴

De esta forma, la excesiva onerosidad puede provenir de la imposición de cláusulas abusivas o de condiciones predispuestas, y es en este escenario nuevamente cuando el fundamento del orden público, actúa para reestablecer el equilibrio contractual por vía de revisión del contrato.

Es común la inserción de cláusulas generales o abiertas, en las cuales un aval o garante de una obligación crediticia, termina a consecuencia de cláusulas oscuras a lo largo del texto del contrato, siendo responsable más allá de las prestaciones que se entendía eran parte de la obligación primigenia y sobre la cual expresó su voluntad de garantizarlas.

¹⁰³ Chamie, José Felix, *La Adaptación del Contrato por Eventos Sobrevenidos*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013), 230.

¹⁰⁴ Benítez Caorsi, *Solidaridad Contractual*, p. 270.

En fin, se identifica varios supuestos relacionados con el carácter abusivo de las condiciones contractuales, principalmente aquellas predispuestas por parte de la propia entidad bancaria, y como bien es sabido su libre discusión es casi imposible. Entre estas cláusulas y cuya presencia provoca la revisión del contrato bancario, Juan J. Benítez Caorsi señala que entre estas estipulaciones podrían estar, sin ser excluyentes, las siguientes:

a) las cláusulas de exigencia de retenciones o depósitos obligatorios; b) la revisión de la tasa de interés si esta descansa en criterios de referencia no objetivos, o incurre en falta de precisión en los términos de la revisión; c) la aceptación a priori por el cliente de la cesión la entidad de crédito del préstamo hipotecario sin necesidad de notificación; d) la exigencia de garantías personales o reales desproporcionadas; imponiendo la constitución de un cúmulo de garantías excesivas tales como constitución de hipotecas y la contratación obligatoria de seguros; e) el cómputo y contabilización de fechas distintas de la valoración a los efectos del cálculo de intereses; f) la consideración como una sola cuenta de todas aquellas que tenga el titular con otras personas a efectos de compensación recíproca, y g) el abono por el cliente con carácter obligatorio de los gastos de estudio. Dentro del elenco premencionado, las últimas tres son las que presentan mayor interés en lo que hacen al fundamento de su nulidad.¹⁰⁵

Resulta muy interesante el estudio de las cláusulas que pudieran ser consideradas como abusivas y de paso contrarias al orden público; sin embargo, su amplitud nos impide por el momento realizar un estudio más pormenorizado. En todo caso, nos interesa dejar sentada que la presencia de estas, faculta a los usuarios financieros el ejercicio de su derecho de reclamación ya sea por vía administrativa o judicial, siendo la última en la cual el fenómeno de revisión del contrato puede materializarse.

Es oportuno en este punto, recurrir a la sanción que nuestro régimen de defensa del consumidor contempla para las cláusulas prohibidas. Así el número 9 del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece que son nulas de pleno derecho aquellas estipulaciones que “cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres; sin embargo, esta

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 357.

declaración debe emanar de una autoridad judicial dentro de un proceso de conocimiento en el que se aborde esta incidencia.

Se debe recalcar que la ineficacia de una cláusula no provoca la nulidad del contrato en su integridad ni provoca la extinción de las obligaciones asumidas por los contratantes. Por el contrario, a través de la teoría de los intercambios forzados de intereses y la revisión del contrato, el juez puede imponer a las partes la obligación de renegociar su contrato, ya que de ello obedece al cumplimiento de una obligación de renegociación que es consecuencia lógica de la obligación de cooperar y de solidaridad, que como hemos dicho se encuentran subordinados al orden público, lo cual permitirá interpretar la voluntad de las partes, atendiendo que su finalidad era de satisfacer sus prestaciones recíprocas, pero que se vieron afectadas por estas cláusulas ilegítimas o por circunstancias sobrevinientes. En todo caso, “es conveniente introducir en el principio de fuerza obligatoria que debe seguir siendo la regla, una excepción que consista en reconocer a la justicia el poder que deberá usar con gran reserva, de reducir las obligaciones del deudor cuando a razón de circunstancias que no pudieron ser previstas, la ejecución integral cause un perjuicio considerable o apareje consecuencias temibles para la colectividad¹⁰⁶”. Esta operación compleja de revisión, sin duda alguna recae sobre el Contrato Bancario. En consideración a ello revisemos brevemente sus aspectos más primordiales.

2.3.2.1. El contrato bancario

Una vez precisadas las diferentes funciones económicas y sociales de las entidades financieras, que, por así decirlo, son parte del Derecho Público Bancario, debemos enfocar nuestra investigación en el marco normativo, a partir del cual las entidades bancarias, realizan sus diferentes operaciones; nos referimos entonces, al régimen mercantil o de Derecho Privado Bancario.

En este orden de ideas, si bien la actividad bancaria se desarrolla a través de diferentes negocios jurídicos, para sintetizar nuestra investigación nos referiremos al Contrato Bancario como concepto integrador de todas las operaciones que usualmente ejecuta un banco; en los cuales la incidencia de los conceptos de orden

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 51.

público, servicio e interés públicos empiezan a ser los principios regulatorios de las relaciones contractuales del banco y sus clientes.

El derecho bancario no incorpora la definición de un contrato bancario propiamente dicho, razón por la cual, su definición surge del ámbito civil a la cual se agregan las particularidades propias de la industria bancaria para identificar la especialidad de un convenio de esta naturaleza. Así, el artículo 1454 del Código Civil, señala:

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa, cada parte puede ser una o muchas personas.

De entre las diferentes particularidades de la actividad bancaria, y que se configuran como elementos característicos de la noción de contrato, encontramos la relación con la estructura técnica, el carácter personalísimo, el carácter profesional, la vinculación por adhesión y la internacionalización y que describen una operatividad comercial o manejo responsable y profesional del ahorro del público, a través de instrumentos estándares que regulan la relación particular y que dada la universalización del crédito se someten además a regulaciones internacionales pública y privadas, como el caso de las normas de UNCINTRAL, UNIDROIT y las actividades del Comité de Basilea.

La finalidad de este tipo de regulaciones aparte de buscar mecanismos que permitan fortalecer a la industria bancaria, es la de crear normas jurídicas unívocas del derecho bancario, como ocurre con “las convenciones sobre compraventa internacional de mercancías; letras de cambio y pagarés; leasing financiero internacional; factoring internacional, garantías y cartas de crédito stand by; insolvencia; transferencias de créditos internacionales y comercio electrónico”¹⁰⁷, así como aquellas políticas de “regulación prudencial”¹⁰⁸ del Comité de Basilea y que tienen relación con “la calificación de créditos, mecanismos de control interno y delegación etc.

Atendiendo la noción de estas particularidades, el contrato bancario, será todo acuerdo que contiene la constitución, regulación privada, modificación o extinción

¹⁰⁷ Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*, 197

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 148.

cuyo objeto sea una operación bancaria, en el cual el banco a parte de su posición dominante adquirirá el rol de acreedor y el cliente el de Deudor, salvo el caso de aquellas operaciones pasivas en las cuales los roles se invierten.

Desde otro enfoque, pero igualmente relacionado, es de suma importancia reconocer que los contratos ejecutados por el banco para el cumplimiento de su giro de negocio tienen el carácter mercantil, ya que las operaciones bancarias se encuentran en la clasificación de los actos de tal naturaleza que se recopilan por el artículo 3 de nuestro Código de Comercio.

No hay duda alguna de que el contrato bancario está constituido por el concepto de operación bancaria, por lo que, si atendemos las definiciones que sobre ella aludimos en el acápite anterior, diremos que el contenido primordial del contrato es el manejo del ahorro y el crédito, cuya finalidad decíamos, busca la satisfacción de las necesidades de una actividad productiva y que, por su relevancia económica, a las del denominado bien común.

Señalamos de entre las diferentes particularidades del contrato bancario, su carácter personalísimo, el cual, dada la línea de la presente investigación, amerita una especial atención, más aún si consideramos que esta es una de las premisas que los doctrinarios han empuñado para calificar a la actividad bancaria como de interés público e inclusive como servicio público. Entonces, decir que un contrato es personalísimo, significa que el banco se reserva su potestad selectiva hacia sus clientes, pese a que ofrece sus servicios a la comunidad en forma indiscriminada; sin embargo, por la presencia en el mundo moderno de una serie de actividades ilícitas, aspectos morales o de solvencia de sus potenciales usuarios, se ha impuesto a los bancos el mandato de “conoce a tu cliente”, en virtud del cual las entidades financieras celebran contratos *intuito personae*.

Es de recordar que la caracterización de la actividad bancaria como servicio público se asentaba entre otras, a partir de la idea de que los bancos ofertan sus servicios hacia toda la comunidad sin distinción alguna, tal como ocurre generalmente con los servicios públicos; sin embargo, mantener esta idea implicaría que el banco no pueda exigir de sus potenciales clientes el cumplimiento de los requisitos técnicos que le permitan ejercer su actividad profesional, la cual lleva

implícita la obligación del manejo adecuado del ahorro y del sistema crediticio en sí mismo. Empero, esta prerrogativa en la escogencia del cliente deberá responder a criterios netamente objetivos, técnicos y suficientemente motivados. El carácter personalísimo no es el medio para que los bancos puedan abusar de su posición de dominio y negar sus servicios por fuera de esas razones objetivas, por el contrario, la presencia del *intuitu personae* es el dogma para que los bancos observen los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, cuya inobservancia hace que la noción del orden público sea el fundamento para restablecerlos. Así el principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación se ve afectado por lo que en determinado tiempo y espacio pueda entenderse por orden público.

2.3.2.1.1. Pacta sunt servanda

El primer requisito de existencia del contrato bancario es la voluntad, acto que por ser un hecho voluntario del hombre, lo diferencia de los hechos naturales o propiamente tales. Para que esta voluntad produzca sus efectos jurídicos debe ser expresa, o tácita pero lo suficiente clara, dirigida a la consecución de un fin reconocido o tutelado por el derecho.

En principio la autonomía de la voluntad se constituye, así como base para explicar y justificar la fuerza obligatoria de los negocios jurídicos, en consecuencia si el artículo 1561 del Código Civil, consagra este principio y señala que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratante, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Pero esta autonomía de la voluntad está subordinada al orden público, por lo que ha empezado a discutirse que la posición dominante o preferente de los bancos, no puede ser absoluta, abriendo la posibilidad de que la fuerza obligatoria del contrato bancario empiece a desmoronarse, gracias a la influencia del Derecho Constitucional. De esta forma, cuando dentro de una relación de banca y usuario se encuentren de por medio derechos fundamentales en riesgo, sumada la posibilidad de revisión de los contratos, corresponde a los jueces resolver los casos concretos, reafirmando la limitación a la autonomía de voluntad privada que entraña la actividad del banco, claro está, que dicho control será eficiente si se lo realiza en base a principios constitucionales como el de razonabilidad y dentro de éste, el de

proporcionalidad, legitimando o rechazando una decisión de un operador bancario cuando éste a pretexto de su libertad de escogencia de cliente, lo ha rechazado por cuestiones netamente subjetivas. O cuando las condiciones del contrato bancario no han sido ampliamente conocidas por el cliente y provocan una situación de desventaja.

2.3.3. Las Garantías Jurisdiccionales

Por otra parte, en los conflictos que surgen entre las entidades bancarias y sus clientes, no sólo desde el ámbito del contrato bancario, sino en sus diversas operaciones, encuentran en la noción de orden público el fundamento para una resolución equitativa y justa, principalmente por parte de la justicia ordinaria y constitucional. Sin embargo, la transversalidad del orden público, parece que supera esta competencia, para permitir que dichos conflictos también sean revisados por la justicia constitucional, claro que ésta última será posible cuando en dichas relaciones particulares se involucren derechos de rango constitucional o de los denominados fundamentales y el caso concreto no base su pretensión en aspectos netamente patrimoniales o de mera legalidad.

En este sentido, el actual régimen constitucional contempla a la Acción de Protección quizá como la más importante de las garantías jurisdiccionales creada para la protección de toda clase de derechos, incluyendo aquellos que puedan verse afectados en una relación jurídica privada. Antes de la vigencia de la actual Constitución, la garantía jurisdiccional de Amparo Constitucional fue diseñada para que sea interpuesta en contra de entidades públicas, o en contra de personas privadas que proveían servicios públicos, poco interesaba la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, ni tampoco se contemplaba el concepto de reparación integral.

La nueva concepción constitucional o el denominado Neoconstitucionalismo, muestra la nueva creación paradigmática sobre la protección de los Derechos, así el “rol que supone la garantía implica un desafío central al paradigma constitucional, entendido como sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en

defensa de los derechos fundamentales de las personas.”¹⁰⁹ Partiendo de este nuevo concepto, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 88 señala:

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, [...] y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Parecería que la acción de protección es la solución para el resguardo de los derechos de los clientes bancarios y así lo creemos, no obstante, vista la diversidad de normas jurídicas propias del sector bancario y financiero que contemplan una serie de procedimientos judiciales y hasta de orden administrativo constituyen el más grande obstáculo para la aplicación inmediata de esta garantía jurisdiccional. Lo expuesto no es otra cosa que el carácter residual que lo prevé la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 40 numeral 3ero, que a nuestro sentir restringió inconstitucionalmente la aplicación de la Acción de Protección, esto si se toma en cuenta que, por lo general dentro de los contratos bancarios, se encuentran cláusulas que contemplan la posibilidad de acudir a proceso ordinarios para el caso de conflictos, lo cual podría considerarse como el mecanismo que precisamente exige dicha disposición. A este respecto Agustín Grijalva, señala que:

El nexo entre garantía y derecho es inmediato justamente para ser eficaz, aunque tal eficacia no se agote en la inmediatez de la acción. En efecto la gravedad y daño que implica la violación real o potencial de un derecho constitucional implica que la garantía opere de manera efectiva con urgencia, por ello la Constitución desformaliza radicalmente las garantías, para que la justicia proteja inmediatamente el derecho, sin sacrificarlo a formalidades¹¹⁰.

¹⁰⁹ Silva, Carolina, *¿La Garantía de los Derechos, invención o reconstrucción?*, en Neoconstitucionalismo y Sociedad (Ed.) Ramiro Ávila Santamaría. (Quito/Ecuador, 2008), 56.

¹¹⁰ Grijalva, Agustín, *La Justicia Constitucional del Ecuador en 2009*, en Informe sobre derechos humanos Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos compilador. (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar - Ediciones Abya Yala, 2009), 74 - 75.

La nueva adjetivación de las actividades financieras como de orden público, implica la necesidad de protección de los derechos previstos en el régimen constitucional, otorgando a los jueces la posibilidad de determinación sobre los alcances del concepto de reparación integral dentro de una relación privada y mercantil, específicamente la bancaria, pues “se anota que los tribunales, si bien respetando en lo sustancial la autonomía privada, deben extraer los límites de los derechos fundamentales allí donde exista la especial necesidad de protección de una de las partes del negocio jurídico¹¹¹”

Y en cuanto a la libertad contractual de las entidades financieras, Alexei Julio Estrada considera que ésta “es restringida y que debe respetar los derechos de los clientes esencialmente los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, las libertades económicas y el principio de igualdad”, finalmente alude al análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana sobre la “la posición de supremacía de la que goza la entidad financiera, sino que también establece una seria limitación de la autonomía de la voluntad de la parte más fuerte, sobre todo al sentar la vinculación al principio de igualdad que le impide discriminar entre los usuarios que pretenden acceder al servicio”¹¹².

Entonces, ¿cuáles podrían ser los supuestos fácticos de una relación contractual que puedan ser objeto de tutela constitucional? La respuesta puede así mismo ser indeterminada, pues cada vez que se encuentre en riesgo un derecho o principio de rango constitucional, la tutela constitucional es el mecanismo eficaz para su protección. Así por ejemplo, habrá ocasiones en que se vea afectado el derecho a la vivienda cuando se pretenda ejecutar una garantía hipotecaria cuyo propietario –avalista hipotecario- sea una persona de avanzada edad; o el derecho a la igualdad material cuando se niegue el acceso a un servicio bancario o financiero sin que haya mediado razones objetivas y razonables, sumadas a la inobservancia del principio de solidaridad cuando determinado deudor debe afrontar situaciones extremas como secuestros, enfermedades catastróficas que impiden el cumplimiento de su obligación y que por alguna razón, tales circunstancias no se respaldaron en el correspondiente seguro, así como cuando se vea afectada la dignidad de la persona a pretexto de bloqueos financieros infundados, o una violación al derecho a la defensa o al debido

¹¹¹ Estrada; *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, 203.

¹¹² *Ibíd.*, 290.

proceso cuando se pretenda ejecutar garantías fiduciarias. Si bien sobre este último particular la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil y posteriormente el COMF, dispuso que las instituciones del sistema financiero solamente se encuentran autorizadas a aceptar la calidad de beneficiarias las previstas en el artículo agregado al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, sin que sean aplicables operaciones de crédito de consumo, no es menos cierto que en los diferentes contratos de fideicomisos puedan presentarse afectaciones al debido proceso en el momento de su ejecución.

Por otro lado, se debe reiterar que el presupuesto procesal de subsidiariedad de la tutela constitucional es el mayor limitante para considerarla como mecanismo definitivo de las relaciones bancarias, sin embargo, cuando ha sido posible superarla por la ineficacia manifiesta de los otros medios legales, el “juez de tutela no puede suplantar la jurisdicción ordinaria y resolver en sede de tutela pretensiones que deban ventilarse ante la primera” por lo que resulta inoficioso pretender que mediante ella se decrete la nulidad o extinción de obligaciones. Es decir, la imposición de intercambios forzosos de intereses como obligaciones bilaterales, acompañada de una adecuada ponderación, es sin duda el camino más adecuado para la articulación de una reparación integral justa y equitativa.

Superada la inconsistencia del carácter residual de la acción de protección, es imprescindible conocer cómo operaría el concepto de reparación. En este orden de ideas, desde el ámbito constitucional Claudia Storini y Marco Navas en su obra “La Acción de Protección en Ecuador Realidad Jurídica y Social” han señalado que:

El establecimiento de medidas de reparación integral constituye, por tanto, una actuación judicial fundamental que ofrece un sentido más amplio a la protección de derechos fundamentales. Por esta razón, esta debe ser expresada con singular énfasis en las resoluciones de acciones de protección que tienen por objeto garantizar el goce de los derechos [...] el juez constitucional deberá actuar con equidad, valorar adecuadamente las circunstancias de cada caso, y aplicar el principio de reparación integral con un criterio de proporcionalidad...¹¹³

¹¹³ Storini, Claudia y Navas, Marco, *La Acción de Protección en Ecuador Realidad Jurídica y Social*, (Quito, Centro de Estudios y Publicaciones Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 155, 170.

Por tanto, el ejercicio de la tutela constitucional en materia bancaria no reviste del más mínimo inconveniente, por el contrario, ya sea por la transversalidad de la eficacia de los derechos fundamentales en relaciones de derecho privado, por la natural posición predominante de una entidad bancaria, o simplemente porque se sostenga que la actividad bancaria es un servicio impropio –presupuesto establecido en el artículo 88 de la Constitución- su admisibilidad no encuentra obstáculo alguno.

Dado el carácter garantista de la Constitución, esta tutela también podría evidenciarse a través de otras acciones autónomas, como lo son las medidas cautelares y acción extraordinaria de protección plasmadas en los artículos 87 y 94 de la Carta Fundamental, con las restricciones procesales que estas contemplan.

En nuestro criterio, las decisiones de los jueces en acciones de tutela constitucional, dada la indeterminación del concepto de orden público, servicio e interés público, la falta de precedentes jurisprudenciales sobre esta clase de conflictos, pueden significar cierto nivel de inseguridad, pues no será extraño que a través de acciones de tutela constitucional o inclusive dentro de acciones judiciales, se pretenda modificar instituciones e instrumentos de los que la actividad bancaria se vale (mutuos, hipotecas, garantías, etc.) en muchos casos a pretexto de restablecer o proteger los derechos de los usuarios.

En cuanto se refiere al control del orden público desde la esfera de la justicia ordinaria, cuando exista un conflicto particular, la teoría del control difuso, puede ser la vía de protección de los objetivos del orden público, pues conforme lo establece Christian Masapanta, “bajo este sistema de control pese a que no se halle desarrollada una ley determinada, es obligación del juez dar cumplimiento al respeto de los derechos y valores esenciales que se hallan consagrados generalmente en el texto de la Constitución”¹¹⁴.

Es aquí en donde los principios de argumentación e interpretación jurídica se convierten en el óbice para evitar distorsiones o decisiones judiciales absurdas, “el operador judicial al momento de realizar la interpretación y su aplicación al caso concreto no puede ser extremista y dirigir aquella con un excesivo apego hacia la

¹¹⁴ Masapanta, Christian, *Jueces y control difuso de constitucionalidad análisis de la realidad ecuatoriana*, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Serie Magister Volumen, 114 2012), 25

norma, como tampoco verse desprovista su motivación del marco normativo que la fundamenta¹¹⁵”; de tal forma que cualquier limitación o revisión al libre intercambio bancario debe ser posible, pero particularmente excepcional.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 28.

Conclusiones

Más allá de determinar una naturaleza pública de la actividad bancaria, el concepto de orden público que recoge el artículo 308 de la Constitución de la República del Ecuador, no es aquel que tradicionalmente aportaba el Derecho Privado como un mero límite de la autonomía de la voluntad, su revalorización implica sea considerado en función de sus estas dos acepciones: la primera desde la esfera del Derecho Público Bancario como herramienta estratégica que legitima el poder intervencionista del Estado en base a políticas públicas dirigidas hacia la consecución del interés público; mientras que la segunda como parte del Derecho Privado Bancario posibilita el deber de protección de las relaciones bancarias particulares, la cual a su vez pone límites a las libertades individuales y además se convierte en garante de éstas.

La finalidad proteccionistas que este concepto revalorizado de orden público incorpora en la actualidad, encuentra su génesis en la denominada Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales, a partir de la cual la interpretación de las normas de derecho privado conforme a la Constitución, fija la noción de orden público como término central en esta tarea argumentativa, otorgando las directrices e impulsos a partir de los cuales el órgano jurisdiccional pueda actuar en procura de impedir una vulneración de una entidad bancaria de los derechos fundamentales.

En este contexto, nos atrevemos a afirmar que el objeto del orden público incorporado en el artículo 308 de la Constitución de la República del Ecuador, y por tanto ligado a la actividad bancaria, se concentran en los siguientes ámbitos: a) En los límites y restricciones de la autonomía de la voluntad privada; b) En las funciones de la industria bancaria; y c) En los principios que trae consigo el Derecho Constitucional. Por lo que toda actuación o decisión que transgrede a los anteriores presupuestos puede ser entendida como contraria al orden público

Por tanto, el orden público que siendo un concepto valorativo pero identificable, y en el presente caso con los ámbitos expuestos en el numeral precedente, actúa como cláusula de cierre del ordenamiento jurídico en manos de los

jueces, a través de un medio interpretativo de todo ese conjunto de valoraciones, que determinarán cuándo el intercambio bancario cumple con los antedichos principios y si se quiere con la labor de aporte hacía el interés público.

En virtud de todo lo señalado, el orden público que se incorpora como nuevo adjetivo de los servicios financieros, al cual empezamos por nuestra parte a denominar bancario, consiste en el conjunto de principios, valores y buenas prácticas mercantiles relacionadas con los intercambios bancarios y que actúa como garante de una contratación bancaria justa, equitativa y solidaria, cuya finalidad es la de restringir y a su vez garantizar a las libertades individuales, en un marco de respeto de los caracteres propios de la industria bancaria y el acceso responsable a favor de los clientes y usuarios bancarios, que reiteramos encuentra en la citada teoría de la eficacia de los derechos fundamentales su base dogmática.

Ahora bien, esta temática relacionada con el alcance semántico – jurídico sobre el concepto de orden público, que acabamos de atender, empieza, al menos desde el aspecto doctrinario a esgrimirse en la consideración de la actividad bancaria como servicio público, por lo que es importante concluir que el artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador, marca un perfil de naturaleza teleológica para la formulación de los servicios públicos, toda vez que prevé que estos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir, garantizando que en su prestación los principios de solidaridad, obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Sin embargo, tales caracteres fuera de otorgar una naturaleza pública de la actividad bancaria son la base para delimitar el objeto del concepto de orden público y en virtud de los cuales se puede fijar los parámetros para su interpretación judicial. En todo caso, no debemos desconocer que, en la actualidad, la noción de servicio público constituye estrategia o técnica regulatoria, política, económica y social, que fuera de su carácter funcional, subjetivo u objetivo, recae sobre determinados aspectos de una actividad o sector orientándose a una mejor satisfacción del interés público. Pero esta funcionalidad, no implica la asunción por parte del Estado de actividades privadas, esto, por carecer del elemento titularidad que es propio de los servicios públicos.

De igual forma se ha llegado a comparar a la actividad bancaria, como un servicio privado pero de interés público, que de paso vale decir muestra la verdadera naturaleza jurídica de la actividad en el Ecuador, en la que no puede confundirse a la actividad bancaria ni siquiera bajo la denominación de servicios públicos impropios o virtuales, pues su mayor diferencia, tiene que ver en el fin lucrativo que por naturaleza reviste para el particular, mientras que la finalidad del servicio público si se quiere es benefactora con la sociedad.

Tampoco es posible superar la titularidad de la prestación que compete exclusivamente al Estado, mientras que, en la actividad de interés público, el particular sigue siendo el titular de la misma pero como se ha expuesto, sometida a una intensa regulación administrativista, ya sea por vía del Orden Público pero económico, el cual le posibilita regularla y controlarla esencialmente pero no otorgarle titularidad

En todo caso, estas diferencias sobre la caracterización de la actividad bancaria entre lo público y privado, los caracteres propios del servicio público e inclusive aquellas cargas de servicio público que se han establecido para el caso de las actividades privadas esencialmente reguladas, constituyen parte del objeto del orden público en esta materia, legitimando el deber de protección que al efecto cumple dicho concepto, convirtiéndose en la cláusula de interpretación más eficaz a la hora garantizar tales prestaciones; y, cuando dicho objeto debe dirigirse hacia la consecución de los fines de interés público, actúa como cláusula interpretativa en favor de la regulación bancaria. Tampoco.

Partiendo de la finalidad y funciones de la actividad bancaria, como parte del objeto del concepto de orden público, implica que la industria bancaria, debe observar varios principios o derechos constitucionalmente establecidos, relacionados con la dignidad y personalidad humana, las libertades económicas, el principio de igualdad, solidaridad, libertad de empresa y de contratación, este último inclusive como óbice de la Administración Pública para evitar excesos en sus atribuciones.

Así, los precitados principios de igualdad y solidaridad, que empiezan a gobernar las actividades bancarias, son el parámetro más palpable de la noción de

orden público, el cual se vale a su vez de las nociones posmodernas del contrato, para concretizar una función social del contrato bancario en base a tales principios.

De esta forma, las acciones que se enmarca en el concepto global de Tutela Constitucional o por vía de control difuso de los jueces ordinarios, son sin duda las vías de protección más eficaces, mismas que a su vez encuentran en la denominada teoría de los intercambios forzosos de intereses la estrategia interpretativa de solución de casos más equitativa.

Así, la teoría de los intercambios forzosos, acompañados de una importante labora argumentativa por parte de los jueces, encuentra en la imposición de renegociación de crédito, otorgamiento de plazos, suspensiones de cobro, acceso a ciertos servicios bancarios, varios de los parámetros de solución judicial más relevante, pero sin dejar de relieves que cualquier limitación al libre intercambio bancario es posible, pero particularmente excepcional y objetivable.

Recomendaciones

La adjetivación del orden público de las actividades financieras reviste de mayores alcances a una simple concepción semántica; toda vez que la ambigüedad del concepto, se tornaría insuficiente para el quehacer jurisdiccional del país, cuando se empiece a tocar las relaciones contractuales entre entidades financieras y sus clientes, por lo que en pos de buscar soluciones es posible recomendar:

Impulsar desde la esfera académica e instituciones públicas y privadas vinculadas a la industria bancaria la capacitación suficiente cuyo tema central deberá ser la interpretación y alcance del concepto de orden público y su relación con la actividad financiera, a fin de contribuir con criterios claros, múltiples y suficientes que permitan a su vez contar con parámetros de decisión regulatoria y de control judicial equitativos, lo que de paso evitará una posible discrecionalidad excesiva por parte de los poderes públicos.

Tomando en cuenta las atribuciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera y la facultad consultiva previstas en el número 31 del artículo 15 y artículo 16 del Código Orgánico Monetario y Financiero respectivamente, dichas autoridades deberán procurar el estudio cuantitativo y cualitativo de asuntos relacionados con la Tutela Constitucional en relaciones bancarias, a fin de que se vayan fijando criterios dogmáticos uniformes tanto en acciones ordinarias y extraordinarias de protección, como en la sustanciación de medidas cautelares, a fin de crear los parámetros de los que la noción de orden público pueda valerse para la decisión de casos concretos.

Sin perjuicio de afectar la naturaleza privada de las entidades financieras, adecuar sus procesos, políticas internas, contratos y cláusulas generales de cada uno de sus instrumentos legales a la transversalidad que la noción de orden público implica, pues la mera presencia dogmática de los principios o derechos fundamentales como el igualdad y solidaridad que empiezan a regir en la actividad bancaria, obliga a la banca a tomar mayores seguridades en el análisis y

administración de los riesgos propios de su actividad, a fin de evitar pérdidas innecesarias o sanciones inapropiadas.

La presente investigación se ha preocupado por integrar la teoría de la eficacia horizontal del derecho fundamental con la actividad bancaria, todo esto, gracias a la apreciación que hemos realizado sobre la noción de orden público, respecto del cual vale decir, requiere de criterios jurisprudenciales uniformes que permitan aplicarlo de forma objetiva y excepcional, por lo que nos atrevemos a recomendar que la Corte Constitucional inclusive por vía de su facultad de revisión compile y difunda ampliamente aquellas decisiones emitidas dentro conflictos que hayan versado sobre la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares.

Bibliografía

- Acedo Penco, Ángel. El Orden Público Actual Como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>.
- Acosta Romero, Miguel. Nuevo Derecho Bancario, Sexta Edición, México, Editorial Porrúa, 1997.
- Alexy, Roberto. Teoría de los derechos fundamentales, primera reimpresión de la 2da edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Araujo, José. Derecho Administrativo General, Caracas, Primera Edición, Ediciones Paredes, Venezuela, 2010.
- Ariño Ortiz, Gaspar. Empresa Pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que se puede aprender, Madrid, Arazandi, 2007.
- Benítez Caorsi, Juan. La Revisión del Contrato, segunda edición, Bogotá: Editorial Temis, 2010.
- Benítez Caorsi, Juan. Solidaridad Contractual Noción Posmoderna del Contrato, México, Editorial Ubijus, 2013.
- Bernal Pulido, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Borja, Rodrigo.
<http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=d&idind=400&termino=Enciclopedia de la Política>, revisado 23 de diciembre de 2015.
- Bullar González, Alfredo. Derecho y Economía el Análisis económico de las instituciones legales, 2da. Edición, Lima: Palestra, 2010.
- Calafell, Jorge Los Servicios Públicos, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr12.pdf>.
- Calderón Villegas, Juan Jacobo. La Constitucionalización del Derecho Privado. Segunda Edición Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- Concepción Rodríguez, José Luis. Derecho de Contratos, España, Editorial Bosch, Primera Edición, 2003.
- Código Civil, Ediciones Legales, 2015.
- Código Orgánico Integral Penal, Ediciones Legales, 2015.
- Constitución de la República del Ecuador, Ediciones Legales, 2015.

COMF Código Orgánico Monetario y Financiero, Ediciones Legales, 2015.

Ley Orgánica Para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil

Corte Constitucional de Colombia,
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-520-03.htm>, revisado 15 de diciembre de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312/10, Acción de Tutela interpuesta por desplazado contra BANCAMIA,
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-312-10.htm>.

Correa Henao, Magdalena. Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Chamie, José. La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, Bogotá, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013.

Julián Delgado Aguado, *El Orden Público: Proceso Evolutivo*, en La Noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español, (Coord.) Salvador Iglesias Machado, Dikynson, Madrid 2011.

Estrada Alexei, Julio. La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

Fernandois V, Arturo. Derecho Constitucional Económico Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.

Fernández Ruiz, Jorge. Disertación Sobre el Servicio Público, Foro: Revista de derecho, No. 13 (I semestre de 2010).

García, Eduardo. “Curso de derecho administrativo”, Perú, Editorial Palestra, Reimpresión, Lima, 2011.

García Eduardo, “La Lucha contra las inmunidades del Poder”, 1962, Cuadernos Civitas 1974, citado por Nicolás López Calera, El Interés Público entre la Ideología y el Derecho, Universidad de Granada – España,
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:u6v7lvCvkuEJ:revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/502/592+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec>

Granda Aguilar, Víctor. “Contenido Económico de las Constitucionales de Bolivia y Ecuador”, Quito: Ediciones Legales, 2015.

Grijalva, Agustín. La Justicia Constitucional del Ecuador en 2009, en Informe sobre derechos humanos Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos compilador. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar - Ediciones Abya Yala, 2009.

- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, México, Edit., Porrúa, 1984, Tomo II, p 169, citado por Hemilio Herrejón, El Servicio y la Banca de Crédito, México, Editorial Porrúa, 1998.
- Gherzi, Carlos. "Responsabilidad de las Entidades Bancarias", Buenos Aires, Editorial Universidad, Argentina, 2003.
- Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, Octava Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006.
- Herrejón Silva, Hermilo. El Servicio de la Banca y Crédito. México: Editorial Porrúa, México. 1998.
- Hidrobo Salas, Ramón. Orden Público Económico y Regulación (Notas sobre la regulación de la actividad comercial vía electrónica, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Revista de Derecho Público Vol. 73, Santiago de Chile, segundo semestre 2010.
- Huerta Barrera, Teresita. Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo, Quito, Editorial Cevallos, Ecuador, 2012.
- Ibarlucía, Emilio. La emergencia financiera y el control judicial de constitucionalidad, Buenos Aires, Editorial Ábaco, Argentina, 2004.
- Ivanega, Miriam Mabel. Elementos de Derecho Administrativo, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Jiménez Gila, William. Constitucionalización del Derecho Financiero, en Revista de Derecho y Ciencia Sociales, Número 7, 2014 (Bogotá/Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca).
- Kabas de Martorell, María. La Banca Hoy, su problemática y Evolución, en Tratado de Derecho Bancario, María Kabas de Martorell (ed), Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires Argentina, 2011.
- Landa, César. "La Fuerza Normativa Constitucional de los Derechos Fundamentales", <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3514/4.pdf>.
- Ley de Instituciones del Sector Bancario de Venezuela, http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/leyes/2012-12-21/doc_cfc52eba485096771009eb787c1fb63ddc47e679.pdf
- Libro Verde sobre los Servicios de Interés General: http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/libro-verde_com2003-270.pdf, consultado 12 de diciembre de 2015.
- López Calera, Nicolás. El Interés Público Entre la Ideología y el Derecho, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4214310&orden=1&info=link>.
- López Roca, Luis Fernando, El Principio de Igualdad en la Actividad Financiera". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

- López Garavito, Luis Fernando, Avatares del sistema financiero. Ciclos, burbujas, fallas corporativas y crisis. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 2011.
- Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Tercera Edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.
- Martínez Padilla, Michel Paulina. La Responsabilidad Bancaria Frente a los Delitos Informáticos, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015).
- Masapanta, Christian. Jueces y control difuso de constitucionalidad análisis de la realidad ecuatoriana, Quito: Corporación Editora Nacional, Serie Magister Volumen 114, Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.
- Mendoza, Mijaíl Escalante, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, La aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado, en Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate, Beatriz Espinosa Pérez, y otra, (Ed), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- Montaña Plata, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Reimpresión. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Montaña Pinto, Juan. Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho, Quito, Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Morales Casas, Francisco. Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios, Segunda Edición, Bogotá: Ediciones Jurídica Radar, 1994.
- Muñoz Laverde, Sergio El Postulado de Autonomía Privada y Sus Límites Frente al Constitucionalismo Contemporáneo Colombiano, en Neoconstitucionalismo y Derecho Privado El Debate, Beatriz Espinosa Pérez, y otra, (Ed), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- Nallar, Daniel. Regulación y control de los servicios públicos, Buenos Aires: Editorial Marcial Pons, Primera Edición, 2010.
- Núñez Pacheco Melissa. Los Conceptos Jurídicos Indeterminados: la Mercadería, Quito: Corporación Editora Nacional, Serie Magister Volumen 132, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- Parada, Ramón. “Derecho Administrativo I”, Parte General, Décimo Octava Edición, Madrid: Marcial Pons, (2012).
- Pereiro, María Dolores. “La Responsabilidad de los Bancos en el Otorgamiento de Crédito, en Tratado de Derecho Bancario”, María Kabas de Martorell (Dir), Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2011.
- Piaggio, Lucas. “La Banca como Servicio Público, Una ficción Legal Contra Natura” (monografía para el Concurso de Monografías Jurídicas para Jóvenes

- Abogados Menores de 35 años organizado por la Federación Latinoamericana de Bancos, Buenos Aires, 2010).
- Pérez de Madrid Carrera, Valerio. “La Protección del Consumidor en la Contratación Bancaria”, en Derecho Privado de los Consumidores, Luis María Miranda y Javier Pagador López (coords), Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Resolución Interinstitucional No. 001-FGE-SBS-2011, Fiscalía General del Estado, Ediciones Legales, 2015.
- Rivero Ortega, Ricardo. Derecho Administrativo Económico, Quinta Edición, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Rodríguez Azuero, Sergio. “Contratos Bancarios”, Quinta Edición, Bogotá: Legis, 2002.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, Tomo II, México, Porrúa, 1971, citado por Hemilio Herrejón, El Servicio y la Banca de Crédito, México, Editorial Porrúa, 1998.
- Rojas Calderón, Christian. La Categoría Jurídica de los Servicios Privados de Interés Público, <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n1/art08.pdf>.
- Roldós Aguilera, León, Banca y Crédito, II Tomo, Guayaquil, Escuela Superior Politécnica del Litoral, 1988, citado por Andrés Hidalgo Abarca, *el Servicio Bancario y los Derechos del Consumidor*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009).
- Rosatti, Horacio. El Estado y la Actividad de Banca, en Tratado de Derecho Bancario, María Kabas de Martorell (ed), Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires - Argentina, 2011.
- Sainz, Fernando. Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098114.
- Sasia, Pedro y De la Cruz, Cristina. Banca Ética y Ciudadanía. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- Serra Rojas, Andrés. Las empresas privadas de interés público: nuevas formas de asociación en el Derecho Administrativo mexicano, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/30/pr/pr11.pdf>.
- Silva, Carolina. ¿La Garantía de los Derechos, invención o reconstrucción?, en Neoconstitucionalismo y Sociedad (Ed.) Ramiro Ávila Santamaría. Quito/Ecuador, 2008.
- Storini, Claudia y otro. “La Acción de Protección en Ecuador Realidad Jurídica y Social”, Quito: Centro de Estudios y Publicaciones Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

Vaca, Víctor Sebastián. Servicio Público, Servicio Esencial, y Servicio Universal en el Derecho Peruano, en Teoría de los Servicios Públicos, Orlando Vignolo (Coordinador), Lima, Grijley, 2009.

Vallejo Moscoso, Patricio. Supervisión Bancaria, (tesis de maestría en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 1998).

Viciano Pastor, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Política, Justicia y Constitución, Ed. Luis Fernando Ávila Linzán, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012.